

UiO : **Det juridiske fakultet**

Bevissikring utenfor rettssak

Kandidatnummer: 724

Leveringsfrist: 25. november 2012

Antall ord: 17 264



Innholdsfortegnelse

1 KORT OM BEVISSIKRINGSINSTITUTTET	1
2 RETTSKILDENE	3
2.1 Lovbestemmelser	3
2.2 Forarbeider	4
2.3 Rettspraksis	4
2.4 Juridisk litteratur	5
2.5 Internasjonale rettskilder	5
3 ANVENDELSESOMRÅDET OG GJENSTANDEN FOR BEVISSIKRING	6
4 VILKÅRENE FOR BEVISSIKRING	8
4.1 Det generelle vilkåret	8
4.1.1 Innledning	8
4.1.2 Grunnvilkåret	8
4.1.3 Partshjelper	10
4.1.4 Begrepet ”tvist”	12
4.2 De spesielle vilkårene	13
4.2.1 Bevisforspillelsesfare	13
4.2.2 Andre grunner	15
4.3 Kravet til spesifisering ved sikring av realbevis	19
4.3.1 Innledning	19
4.3.2 Tidspunktet for spesifisering	20
4.3.3 Innholdet i spesifikasjonskravet	21
4.4 Betydningen av Grunnloven § 102	24
4.5 En generell proporsjonalitetsbegrensning	26

5	BEGJÆRINGEN OG RETTENS AVGJØRELSE	28
5.1	Kompetent domstol, partene og begjæringen	28
5.2	Utgangspunktet om kontradiksjon	30
5.3	Bevissikring uten varsel av hensyn til rask gjennomføring.....	30
5.4	Bevissikring uten varsel fordi motparten trolig vil motarbeide sikringen	31
5.5	Avgjørelsen om bevissikring	33
6	GJENNOMFØRING AV SIKRINGEN	34
6.1	Innledning	34
6.2	Rettslig avhør	35
6.3	Hvem innhenter realbevis	36
6.4	Innhenting av realbevis hos tredjeperson.....	37
6.5	Bruk av makt.....	38
7	ETTERFØLGENDE MUNTILIG FORHANDLING	39
8	HÅNDTERINGEN AV BEVISSIKRET MATERIALE.....	42
8.1	Innledning	42
8.2	Hvem foretar bevissikringsundersøkelsen	43
8.3	Taushetsbelagt materiale.....	45
8.4	Overskuddsinformasjon	46
8.5	Beslag og utlevering av originalmateriale	47
9	ANDRE SÆRSPØRSMÅL	48
9.1	TRIPS-avtalens betydning	48
9.2	Sannsynliggjøring av hovedkravet.....	50
9.3	”Sivil ransaking”	52
9.4	I retning av discovery/disclosure?	54
10	ERSTATNING	55
11	SIKKERHETSSTILLELSE	55

12	SAKSOMKOSTNINGER.....	55
13	KILDER.....	57

1 Kort om bevissikringsinstituttet

Reglene om bevissikring i tvisteloven kapittel 28 gir anledning til å kreve avholdt rettslig avhør eller å få sikret et realbevis med tanke på en mulig fremtidig rettssak. Hensikten er å sikre et materielt riktig utfall, hva enten det blir sak eller ikke. Det grunnleggende formålet med reglene om bevissikring er å sikre bevis som ellers kan gå tapt, jf. NOU 2001:32 s. 987-988. Her heter det:

”Uten regler om bevistilgang vil en part kunne bli stilt i en meget vanskelig situasjon i tilfeller hvor det kan være grunnlag for å fremme et krav eller godta et krav som rettes mot parten. Parten kan bli stilt overfor valget mellom å reise sak eller ta til motmæle i en sak til tross for at faktiske forhold som han ikke kjenner, tilsier noe annet. Like viktig er at manglende mulighet for tilgang til bevis kan medføre at partene ikke forsøker å nå frem til en minnelig ordning... ”.

Det er altså særlig i to tilfeller at det vil være aktuelt å begjære bevissikring. For det første kan det være aktuelt med bevissikring dersom en potensiell kravshaver skjønner at tvisten må løses gjennom domstolene, og er redd for at beviset kan gå tapt dersom dette ikke sikres før søksmål er reist. Slik sikring kan dreie seg om å hente ut elektronisk lagret materiale, eller på annen måte sikre seg dokumentasjon av bevis som etter naturens gang vil gå til spille.

For det annet kan man trenge tilgang til bevis for å vurdere sin egen rettslige posisjon. Uten denne muligheten risikerer man at unødvendig mange saker kom opp for domstolene, ettersom saksøker ikke før dette får anledning til å vurdere sin egen sak i forkant og kan komme til å anlegge sak på et uholdbart grunnlag. Dette samsvarer godt med tvistelovens formål om å løse saken før de kommer til domstolene.¹ Ved at man får en avklaring av

¹ Jf. NOU 2001:32 s. 987 og Schei m.fl. s. 1246.

faktum på forhånd unngår man at unødvendige saker reises for domstolene, og øker muligheten for å oppnå rettsforlik mellom parter i en tvist.²

Gjennom bevissikringen må også hensynet til motparten ivaretas. Det å bli pålagt å avgi forklaring eller å gi andre tilgang til et realbevis, kan gå ut over motparten på forskjellige måter. Utgangspunktet er derfor at retten ikke kan ta til følge en begjæring om bevissikring uten at motparten har fått anledning til å uttale seg. Likevel har man i noen situasjoner mulighet for å unnlate varsel til motparten om bevissikringen. Dette kan være særlig belastende for vedkommende. Det er derfor gitt regler som skal verne motpartens interesser. Dette er blant annet reglene om etterfølgende muntlig forhandling, erstatning og sikkerhetsstillelse for kostnader motparten har i forbindelse med bevissikringen.

Ved begjæringen om bevissikring tar retten bare stilling til spørsmålet om bevissikring skal foretas. Retten tar ikke stilling til hvorvidt det er en sannsynlighetsovervekt for at saksøkeren har det rettslige kravet som han eller hun pretenderer å ha. Beviset må imidlertid kunne få betydning ved en avgjørelse av tvisten. Dette betyr at vurderingen av spørsmålet om bevissikring i stor grad relaterer seg til hva som trolig vil bli et sentralt tema i en eventuell fremtidig domstolsbehandling. Gjennom bevissikringsinstituttet blir altså rettsapparatet benyttet uten at den som begjærer bevissikringen har bestemt seg for om han vil anlegge en ordinær rettssak ennå.

Bevissikringsordningen kan misbrukes. Det forekommer at noen benytter seg av bevissikringsreglene til å få innsyn i andres saker av ren nysgjerrighet eller - enda verre - få tak i sensitiv informasjon om konkurrenter etc.³ Dette er spesielt betenkelig ved såkalt bevissikring uten varsel, som innebærer at motparten ikke får vite om bevissikringen før den er gjennomført. Som jeg skal komme nærmere inn på finnes det to alternative grunnlag for å kreve bevissikring: bevisforspillelsesfare eller at det av andre grunner er viktig å få tilgang til beviset. Misbruksfaren gjør seg særlig gjeldende i det sistnevnte tilfellet. Et

² Jf. Ot. prp. nr.51 (2004-2005) s. 470 og NOU 2001:32 s. 987.

³ Civilprosesslovkommisjonens utkast 1908 s. 215 og NOU 200:32 s. 988.

eksempel kan være et selskap som søker å få innsyn i et konkurrerende selskaps virksomhet og påberoper seg bevissikring fordi deres produkter er mistenkelig like ens egne. I slike tilfeller vil det kunne være vikarierende motiver bak begjæringen. Kanskje ønsker selskapet bare innsyn i det andre selskapets forretningshemmeligheter?

En aktuell form for bevissikring er såkalt speilkopiering av elektronisk lagret materiale. Speilkopiering vil si at man, ved å benytte seg av et spesielt dataprogram eller minnepinne, kopierer alt innhold som befinner seg lagret på et medium over til et annet medium. Ved denne formen for bevissikring vil saksøker kunne få innsyn i et stort materiale og dermed kunnskap om en rekke ting, herunder drift – og forretningshemmeligheter og annen sensitiv informasjon. Dette vil kunne medføre store skader og belastninger for motparten, og det er derfor gitt regler om gjennomgang av materialet for å skille ut hva det skal gis innsyn i.

2 Rettskildene

2.1 Lovbestemmelser

Vilkårene for bevissikring og rettens behandling av spørsmålet reguleres i tvisteloven kapittel 28. Hva som er gjenstand for bevissikring angis i § 28-1, vilkårene følger av i § 28-2 og reglene om fremgangsmåte og rettens avgjørelse reguleres av 28-3. Saksomkostninger er regulert i § 28-5. Når det gjelder gjennomføringen av bevissikring følger det av § 28-4 at tvistelovens øvrige regler om sikring av realbevis og bevisopptak får anvendelse ”så langt de passer”. Dette er i hovedsak hele tvistelovens femte del, det vil si kapittel 21 til og med 28, med unntak av kapittel 23.

Lovgiveren har altså ved utformingen av reglene om bevissikring før saksanlegg valgt å lene seg på reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak under en allerede reist tvistesak. Ved å operere med en slik henvisningsteknikk er det en fare for at enkelte særlige spørsmål blir oversett eller at løsningene kan bli uklare. Det følger for øvrig av henvisningen i § 28-3 fjerde ledd fjerde punktum at reglene om etterfølgende muntlig forhandling ved midlertidig sikring også gjelder for bevissikring.

Reglene om bevissikring kan sammenliknes med de straffeprosessuelle reglene om beslag og ransaking, samt til konkurranselovens regler om bevissikring.⁴ Slike andre ordninger kan tenkes å bidra til utfylling av det noe ufullstendige sivilrettslige instituttet, men man skal være forsiktig med å trekke paralleller til andre rettsinstitutt som ofte hviler på andre hensyn.

Ettersom Norge har sluttet seg til og inkorporert den europeiske menneskerettskonvensjon fra 1950 (heretter EMK), har vi har visse folkerettslige forpliktelser som kan gjøre innhugg i bevissikringsinstituttet.⁵ Både EMK art. 6 nr. 1 om retten til kontradiksjon og art. 8 om retten til personvern og privatliv er bestemmelser som kan sette skranker for bevissikringen. Som en alminnelig regel har vi forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3, som sier at EMK ved motstrid med intern norsk rett skal gå foran.

2.2 Forarbeider

Forarbeidene til tvisteloven er først og fremst NOU 2001:32 "Rett på sak" og Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). Et viktig forarbeide i forhold til bevissikringsreglene er også Ot. prp. nr. 33 (2004-2005) om implementeringen av Norges forpliktelser etter TRIPS-avtalen.

2.3 Rettspraksis

Vi har bare noen få avgjørelser fra Høyesterett om bevissikring. De mest sentrale avgjørelsene er Rt. 2006 s. 626 "Normarc", RG 2007 s. 736 "Tom & Jerry", Rt. 2010 s. 774 "Max Manus" og Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 5. September 2012 "Andritz"⁶. Det finnes selvsagt mer underrettspraksis. Bakgrunnen for at det har vært så få bevissikringssaker i Høyesterett er at dette rettsinstituttet blir relativt lite brukt og at det for

⁴ Se straffeprosessloven kapitlene 15 og 15, og konkurranseloven kapittel 6.

⁵ Jf. menneskerettsloven

⁶ Jf. LE-2012-077436

øvrige ikke er så ofte at tingrettens og lagmannsrettens avgjørelser på dette området blir brakt helt opp til Høyesterett. Dette skyldes igjen det forhold at når en utenforstående først har fått tilgang til et bevis, så kan på en måte skaden allerede være skjedd.

2.4 Juridisk litteratur

En grundig, men kortfattet redegjørelse for reglene om bevissikring utenfor rettssak finner vi i Schei m.fl.: *Twisteloven kommentarutgave* (Oslo 2007) s. 1246 til 1261. Reglene er blant annet også kommentert av Anne Robberstad: *Sivilprosess* (Oslo 2009) s. 159 til 164. Det finnes også en artikkel som er skrevet av advokatene Nils Kristian Sveaas og Torstein Arendt med tittelen ”Bevissikring utenfor rettssak – må hovedkravet sannsynliggjøres?”, inntatt i *Tidsskrift for forretningsjus*, 1/2010. Advokat Sven Farbrot skrev i 2007 en avhandling om bevissikring utenfor rettssak uten varsel til motparten.⁷ Advokat Marius Stub har skrevet en artikkel inntatt i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 3/2009, med tittel ”Om forbudet mot husinkvisisjoner i Grunnloven § 102”.

2.5 Internasjonale rettskilder

Folkerettslige forpliktelser følger av TRIPS-avtalen, som er en del av WTO-avtalen⁸. Avtalen ble ratifisert 7. desember 1994, og trådte i kraft 1. januar 1995. TRIPS-avtalen (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) stiller minimumskrav til medlemslandenes lovgivning på immaterialrettens område. Avtalens artikkel nr. 50 gir regler om midlertidige tiltak som skal sikre immaterielle rettigheter, herunder regler om bevissikring. Avtalen krever at det skal være mulig å få rettens kjennelse på visse tiltak, og at slike tiltak i noen tilfeller skal kunne gjennomføres uten at den saksøkte er varslet på forhånd. De øvrige nordiske landene har også innført regler om bevissikring på bakgrunn av TRIPS-avtalen. Ettersom det i visse tilfeller kan reises spørsmål om hvordan det norske regelverket er å forstå, kan vi hente noe veiledning fra disse landene.

⁷ Jf. Farbrot

⁸ Avtale av 15. april 1994 om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon; ”World Trade Organization”

3 Anvendelsesområdet og gjenstanden for bevissikring

Bevissikringsinstituttet er ikke begrenset til et utvalg av saker, men gjelder som en generell ordning i sivilretten, jf. ”kan få betydning i en tvist” i tvisteloven § 28-2. Det fremheves i forarbeidene at ”det bør være en mer generell adgang til å sikre bevis som ellers kan gå tapt eller bli vesentlig vanskeligere å føre”, jf. NOU 2001:32 s. 987. Det innebærer at man ikke kan bruke bevissikringsinstituttet til å sikre seg bevis til bruk i en straffesak. Men trolig vil det være anledning for en fornærmet til å begjære bevissikring for å sikre seg bevis for et erstatningskrav, som kanskje vil bli medtatt i en senere straffesak.

Etter tvisteloven § 28-2 er det ”beviset” som er gjenstand for bevissikringen. En alminnelig forståelse av uttrykket ”beviset” er at det dreier seg om noe som kan fremlegges og påvirke retten til å legge et bestemt faktum til grunn. Det kan for eksempel dreie seg om en forklaring fra et vitne, et dokument, en gjenstand eller et partsutsagn. Tvisteloven § 28-1 gir uttrykk for at det ved bevissikring utenfor rettssak kan *”foretas rettslig avhør av parter og vitner og gis tilgang til og foretas undersøkelse av realbevis.”*

Bevismaterialet kan bestå i partsforklaringer, vitneforklaringer, sakkyndigbevis, realbevis og all form for dokumentasjon. ”Realbevis” er i tvisteloven 26-1 definert som personer og gjenstander. Gjenstander kan for eksempel være fast eiendom, løsøre, dokumenter og elektronisk materiale med videre. Et menneske kan være et realbevis dersom det for eksempel er blitt skadet ved et overfall eller en trafikkulykke. Dokumenter kan være journaler, logger og timelister, fakturaer, kontrakter, kundelister, bilder, filmer, musikk. Undersøkelser av lokaler, maskiner, produkter kan også være gjenstand for bevissikring.

Til illustrasjon kan nevnes Rt. 2010 s. 774 ”Max Manus” der Høyesterett tillot utlevering av identiteten til en abonnent i et teleselskap som ulovlig hadde lagt ut spillefilmene Max Manus og Kautokeinotopprøret på nettet. I RG 2007 s. 736 ”Tom & Jerry” tillot

lagmannsretten bevissikring i bestemte fysiske VHS og DVD-filmer, skriftlige og elektroniske fakturaer og kontrakter der man mistenkte ulovlig distribusjon av ”Tom & Jerry”-filmer.

Tilgang til realbevis var nytt med tvisteloven. Tidligere var det kun anledning å foreta bevisopptak med tanke på en fremtidig rettssak. Bevisopptak går ut på rettslig avhør og undersøkelse av realbevis til bruk for avgjørelsen. Det fremgår av forarbeidene at man ønsket å gå ”lenger enn å sikre bevis som kan gå tapt”. Bakgrunnen er at parten uten en slik tilgang står i fare for å anlegge sak på et uholdbart grunnlag eller motsetningsvis unnlate å sørge for sine rettigheter, jf. NOU 2001:32 s. 987. Innsyn kan også bidra til at partene kommer til enighet og at man unngår bruk av rettsapparatet.

Mye har endret seg siden tvistemålsloven av 1915 ble vedtatt. Den gang gjaldt gikk frykten for bevisforspillelse når det gjaldt rettslig avhør på om den som man ville ha avhørt for eksempel kunne komme til å reise bort for en lengre periode. Dette er ikke noen særlig aktuell problemstilling lengre. I dag kan vitne-forklaringer opptas ved såkalt fjernavhør direkte for den dømmende rett. Men fortsatt vil det være behov for bevisopptak der man frykter for at et vitne ikke vil kunne avhøres under hovedforhandlingen. Det kan for eksempel være at vitnet er alvorlig syk eller står foran en stor operasjon på det tidspunkt hovedforhandlingen trolig vil finne sted.

De generelle regler om bevisforbud og bevisfritak under rettssak gjelder også ved bevissikring utenfor rettssak, jf. tvisteloven § 28-4. Dette er regler som enten forbyr eller fritar for føring av bevis som etter sin art, anskaffelsesmåte eller avgivers tilknytning til saken tilsier at beviset ikke bør føres. Reglene viderefører i det store og det hele tidligere rett, men innebærer en del kodifisering av rettspraksis. Dette vil typisk være aktuelt for visse yrkesutøvere slik som advokater og leger, jf. § 22-5 og drifts- og forretnings-hemmeligheter, jf. § 22-10.

4 Vilkårene for bevissikring

4.1 Det generelle vilkåret

4.1.1 Innledning

Tvisteloven § 28-2 angir vilkårene for bevissikring utenfor rettssak. Bestemmelsen lyder:

”Bevissikring kan begjæres når beviset kan få betydning i en tvist hvor den som setter fram begjæringen, vil kunne bli part eller partshjelper, og det enten er en nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist.”

Bestemmelsen er en videreføring av tvistemålsloven § 267 første ledd. Bestemmelsene er språklig sett noe ulike, men innebærer ingen realitetsforskjell. Eksempelvis er ordet ”bevisoptagelse” erstattet med det mer moderne uttrykket ”bevissikring”. Det oppstilles et grunnleggende vilkår at beviset ”kan få betydning i en tvist der den som fremsetter begjæringen kan bli part eller partshjelper”. Selv om hensikten med bevissikringsinstituttet er å sikre bevis for en kommende rettssak, gjelder det ikke et krav om at beviset skal kunne brukes til et bestemt formål. Det kreves altså ikke godtgjort at beviset skal brukes i en fremtidig rettssak, det er nok at beviset ”kan få betydning i en tvist”.

4.1.2 Grunnvilkåret

En alminnelig språklig forståelse av ordlyden ”kan få betydning i en tvist” tilsier at det ikke kreves at rekvirenten skal måtte sannsynliggjøre at han vil kunne vinne frem med sitt krav for domstolene; ordlyden gjør det klart at det som utgangspunkt er tilstrekkelig at den som krever bevissikring har et potensielt krav på motparten.

I forarbeidene er det påpekt at vilkårene for bevissikring ”langt på vei også kan utledes av et alminnelig krav til rettslig interesse”, jf. NOU 2001:32 s. 988. Denne oppfatningen deles

også av Schei m.fl. i kommentaren til tvisteloven⁹. Vilklårene for rettslig interesse er angitt i tvisteloven § 1-3. Det stilles krav til søksmålgjenstand, søksmålsinteresse og tilknytning til saken. Kravet til søksmålgjenstanden innebærer at den som begjærer bevissikringen må pretendere å ha et rettskrav som gjennom rettsapparatet kan stadfestes eller tvangsfullbyrdes. Søksmålsinteresse betyr at den som fremsetter begjæringen må påvise et reelt behov for å få sikret de avgjort kravet i forhold til saksøkte. Dette aktualitetskravet innebærer for bevissikringens del at saksøker påviser et behov for å få sikret de aktuelle bevisene nå. Tilknytningskravet dreier seg om at saksøkeren må være eier av det underliggende kravet, og at det er sannsynlig at bevisene er i motpartens besittelse.

Et rettskrav er et krav som kan underbygges med rettsregler, eksempelvis et pengekrav, en veirett eller rett etter en husleiekontrakt. Det er klart at en avtale om å gå på kino med en person ikke kan være et rettskrav. Noe mer problematisk kan det være dersom det mellom to venner avtales at den ene skal få låne den annens hytte mot et par flasker vin eller en annen symbolsk verdi. Da kan det være mer åpent om avtalen er met å være en uforpliktende vennetjeneste eller en rettslig forpliktelse. Retten må foreta en konkret og skjønsmessig helhetsvurdering av spørsmålet, hvor momenter som forholdet mellom partene, hva som er avtalt, vederlag og forholdene for øvrig vil spille inn ved vurderingen.

Det er ikke et krav om at saksøkeren må sannsynliggjøre det underliggende kravet i begjæringen, jf. Robberstad (2009) s. 160 flg. Rekvirenten må imidlertid påvise behovet for å få sikret bevis nå og at det er sannsynlig at disse er i saksøktes besittelse. Ved å tillate bevissikring på bakgrunn av saksøkers pretensjoner – og ikke sannsynlighetsovervekt – tilsidesetter man hensynet til motparten til fordel for saksøkerens behov for å få sikret bevis. Det innebærer en fare for misbruk av bevissikringsordningen – ved at saksøkeren uten noen aktverdig motiv forsøker å skaffe seg innsyn i annens virksomhet. Mulige motiver for dette kan være et ønske om å få innsyn i forretningshemmeligheter og sensitiv informasjon som rapporter, fremtidsplaner, oppskrifter, modeller og teorier. Det

⁹ Jf. Schei m.fl. side 1248.

forekommer også at en saksøker kun har til hensikt å sverte motparten som konkurrent på markedet.

Et eksempel er en møbelsnekker som mistenker at en annen møbelsnekker kopierer de møblene han har laget og tatt patent på. Hvis møbelsnekkeren ønsker å få bevis for dette, er det tilstrekkelig å hevde sin mistanke for at grunnvilkåret skal være oppfylt. Det betyr at møbelsnekkeren kan begjære bevissikring hva enten han mistenker den andre for ulovlig kopiering eller ikke. Det er imidlertid klart at en person som verken er potensiell kravshaver eller kvalifiserer seg som partshjelper ikke oppfyller kravet til rettslig interesse, og dermed er avskåret fra å kunne kreve bevissikring.

En gammel herredsrettsdom inntatt i RG 1950 s. 557 ”Heidal Ysteri” slår klart fast at det for bevissikring er tilstrekkelig at saksøker pretenderer å ha et krav. Retten tok imidlertid et forbehold om at kravet ”ikke [må] fremstille seg som åpenbart uriktig”. En begjæring om bevissikring vil åpenbart ikke kunne føre frem dersom saksøkeren hevder å ha blitt frastjålet originalen av Edvard Munchs maleri Skrik, til tross for at Munch-museet bekrefter at så ikke er tilfelle.

Etter dette innebærer vilkåret ”kan få betydning i en tvist” at det må foreligge rettslig interesse, og at det er tilstrekkelig med en pretensjon om å ha et rettskrav.

4.1.3 Partshjelper

Bakgrunnen for formuleringen, ”kan få betydning i en tvist”, blir i utvalgsutredningen¹⁰ begrunnet i et ønske om å få tydeliggjort at begjæringen også skal kunne fremmes av en partshjelper¹¹. Her heter det:

¹⁰ Jf. NOU 2001:32 s. 988

¹¹ En partshjelper er en person eller organisasjon som har egen rettslig interesse i sakens utfall og som trer inn i saken til støtte for en av partene

”Dette følger langt på vei også av et alminnelig krav til rettslig interesse, men utvalget har funnet grunn til uttrykkelig å fastslå at begjæringen om bevissikring også kan fremsettes av en som kan bli partshjelper (se § 15-8) i en eventuell tvist. Bevissikring kan måtte skje raskt og den sannsynlige part være forhindret fra å handle innen den tid som står til rådighet før beviset forspilles eller forringes som nevnt i bestemmelsen.”

Det blir videre fremhevet at bevissikringen i noen tilfeller kan måtte skje raskt og at den sannsynlige part kan være forhindret fra å handle innen den tid som står til rådighet. I slike tilfeller må derfor en partshjelper både sannsynliggjøre at beviset kan få betydning i en tvist i henhold til tvisteloven 1-3 og dessuten redegjøre for sin posisjon som partshjelper i denne tvisten etter tvisteloven § 15-7.

Etter tvisteloven § 15-7 kan den som har et ”reelt behov begrunnet i egen rettsstilling for at den ene parten vinner” være partshjelp. Det er lagt til grunn i rettspraksis at en generell interesse i sakens utfall ikke er nok for å oppfylle vilkåret¹². I Rt. 2008 s. 574 la Høyesterett til grunn at vilkåret for partshjelp ikke var oppfylt. Spørsmålet var om fire personer kunne tre inn i ankesaken for Høyesterett på bakgrunn av at disse hadde inngått tilsvarende avtaler med motparten. Høyesterett mente at vilkåret ikke var oppfylt fordi utfallet i saken bare ville ha praktisk betydning, og ingen rettslig betydning, for de som ønsket å tre inn. Retten viste til forarbeidene som klart gir uttrykk for at en prejudikatsinteresse eller faktisk interesse ikke er nok.¹³ Avgjørende for retten var at domsresultatet ikke ville få noen konkret betydning for de andre avtalene.

I Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 5. september 2012 kom lagmannsretten til at vilkåret for å være partshjelper i en bevissikringssak var oppfylt. Andritz Hydro AS og Andritz Technology and Asset Management GmbH mistenkte Rainpower Norway AS og Rainpower Sørumsand Verksted AS for å ha gått utenfor en lisensavtale med GE Energy AS. Selskapene drev med utvikling og salg av turbiner til vannkraftproduksjon.

¹² Se Rt. 1961 s. 757 og Rt. 2008 s. 574

¹³ Jf. Rt. 2008 s. 574 avsnitt 16 og 17 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 420 og 243

Overskridelsen ville innebære en krenkelse av Andritz' rettigheter, ettersom Andritz' var eier av GE's tidligere teknologi og know how. Lagmannsretten fant at Andritz hadde et "reelt behov begrunnet i egen rettsstilling" for å ivareta sine rettigheter i forhold til Rainpower. Det ble ellers vektlagt at Andritz ikke var bundet av lisensavtalen, og derfor heller ikke bundet av voldgiftsklausulen denne avtalen inneholdt.

4.1.4 Begrepet "tvist"

Det rettslige begrepet "tvist" innebærer at noen har blitt uenige om et forhold av rettslig betydning. Det er en forutsetning for retten at det foreligger en tvist, fordi det beviset som skal sikres må ha betydning for tvisten. Det er imidlertid en like stor forutsetning for retten at tvisten ikke har kommet opp for domstolene ennå. Lovens ordlyd må forstås slik at det er tale om en fremtidig tvist i rettsapparatet – ikke en pågående.

I en avgjørelse fra 9. juni 2009 tok Borgarting lagmannsrett opp spørsmålet om hva som ligger i begrepet "tvist".¹⁴ Ordlyden i § 28-2 tilsier at det må dreie seg om en mulig fremtidig tvist i rettsapparatet. Saken gjaldt en begjæring om bevissikring av diverse dokumenter for å avklare hvem som var reell eier av en eiendom. Foranledningen til begjæringen var at saksøkeren først hadde fått utlegg i eiendommen, men at namsmannen etter klage hadde slettet utlegget. Tingretten hadde lagt til grunn at det forelå en tvist når namsmannen hadde tatt standpunkt til en utleggsbegjæring. Saken ble derfor avslått på bakgrunn av at begjæringen om bevissikring ikke angikk en fremtidig tvist, men etter rettens oppfatning en pågående tvist.

Lagmannsretten mente at tingrettens tolkning av begrepet "tvist" var for vid og at en avvisning på dette grunnlag var feil. Lagmannsretten uttaler at "Så lenge en sak behandles av namsmannen, pågår ingen rettssak om det partene måtte være uenige om.". Til støtte for dette ble det vist både til kapitteloverskriften "Bevissikring utenfor rettssak", lovforarbeidene og juridisk teori hvor det var fremhevet at bevissikringsreglene må ses i

¹⁴ Jf. LB-2009-49516

sammenheng med tvistelovens vektlegging av at tvister skal søkes løst før de kommer til domstolene og at det derfor kan være et behov for bevissikring så tidlig som mulig.

4.2 De spesielle vilkårene

4.2.1 Bevisforspillelsesfare

I tillegg til grunnvilkåret om at beviset kan få betydning i en eventuell senere tvist, kreves det at det enten må foreligge en ”nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket” eller at det ”av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset” før rettsak reises.

Det første alternativet *”nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket”* er en videreføring av tvistemålsloven § 267 første ledd – men formulert etter dagens språkbruk.¹⁵ Kravet om at det må foreligge en ”nærliggende risiko” innebærer at det må foreligge en aktuell mulighet for at beviset kan gå tapt om det ikke sikres nå. Det må sannsynliggjøres en god grunn til å frykte at beviset kan gå tapt. Kravet vil være oppfylt dersom man frykter at motparten vil forspille beviset eller der beviset i seg selv vil kunne gå til grunne dersom det ikke sikres.

En begrunnet frykt kan knytte seg en forutgående adferd fra motparten side som gjør det klart at han vil gjøre alt for å forspille beviset om han får anledning til det. Det kan være at motparten tidligere har motarbeidet sikringen av bevis, at han ignorerer henvendelser eller gjør seg vanskelig å få tak i. Et opphetet konfliktnivå vil altså være et moment i vurderingen. Det vil også få betydning hvor enkelt det vil være å endre eller manipulere beviset. Dette vil typisk være tilfellet ved bevissikring i elektronisk lagret materiale.

I Borgarting lagmannsretts kjennelse av 30. januar 2012¹⁶ kom retten til at det forelå bevisforspillelsesfare. Saken gjaldt begjæring om bevissikring på bakgrunn av mistanke om

¹⁵ Jf. NOU. 2001:32 s. 988

¹⁶ Jf. RG. 2012 s. 158

at fire personer som tidligere hadde vært ansatt i et selskap hadde tatt med seg kundelister over i et konkurrerende selskap. Retten la vekt på at det dreide seg om en alvorlig beskyldning som ville få store økonomiske konsekvenser i form av erstatningsansvar. Dertil kom at de fire mistenkte objektivt sett hadde et motiv for å endre bevisene og at det var en reell mulighet for slik endring eller manipulering.

I Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 5. september 2012 var saksforholdet temmelig likt.¹⁷ Saken gjaldt også her tidligere ansatte i et selskap som hadde tatt med seg materiale over i et annet selskap. Retten konstaterte igjen bevisforspillelsesfare på bakgrunn av et konfliktfylt forhold mellom partene, samt et potensielt motiv for og reell mulighet til å ødelegge eller manipulere bevis. Det ble også påvist at en av de ansatte allerede hadde erkjent å ha ødelagt materiale i forbindelse med en lignende sak mellom de samme parter i Sverige. Retten bemerket dessuten følgende: *”At det i noen tilfeller kan være muligheter for rekonstruksjon av datafiler, endrer ikke denne vurderingen.”*¹⁸.

Vi ser her at retten legger seg på en forholdsvis lav terskel for når det kan sies å foreligge bevisforspillelsesfare av elektronisk materiale. Det hensyntas altså ikke at det foreligger en *mulighet* for at beviset kan rekonstrueres en gjenopprettes. Riktignok gjaldt saken elektroniske bevis, men antakelig vil det samme måtte gjelde for annet materiale. Det kan for eksempel tenkes at et papirbasert regnskap kan nedtegnes på nytt eller tegninger lages på nytt igjen. Kjennelsen illustrerer at objektive holdepunkter kan være nok for at kravet til bevisforspillelsesfare er oppfylt, og at andre forhold, som egentlig taler mot bevissikringen, får underordnet betydning for bevissikringsspørsmålet.

Dersom et vitne er alvorlig syk, og det er grunn til å tro at man ikke vil rekke å få en forklaring fra vedkommende dersom man venter til et mulig søksmål blir reist og hovedforhandling kan avholdes, vil det være grunnlag for bevissikring. Et annet eksempel kan være at saksøkeren har vært utsatt for skade på kroppen og vil anlegge sak mot

¹⁷ Jf. LE-2012-077346

¹⁸ Jf. LE-2012-077346 s. 8

skadevolder, men ikke har tid til å vente med bevisopptakelsen til hovedforhandlingen. Han vil da kunne begjære bevissikring av skadene. Andre eksempler kan være ting som kan råtne, forsvinne eller forandre egenskaper som er viktige ved en eventuell hovedforhandling.

I Rt. 1997 s. 703 kom Høyesterett til at bevissikring av vitners forklaring ikke omfattes av regelen, med mindre det er grunn til å frykte at vitnene ikke – eller vanskelig – vil kunne avgi forklaring ved en senere rettssak. Resultatet i avgjørelsen må sees i lys av at dagens teknologi ikke er til hinder for at vitner avgir forklaring selv om de ikke rent fysisk har anledning til å være tilstede. Det er ikke uvanlig med såkalte fjernavhør der man benytter seg av telefon eller videooverføring ved slike avhør, jf. tvisteloven § 21-10 eller at man foretar et ordinært bevisopptak under rettssaken, jf. domstolloven §§ 47 flg.

I tvistemålsloven var hovedformålet med reglene om bevisopptak blant annet å sikre en forklaring i de tilfellene hvor forklaring under en fremtidig hovedforhandling ville bli vanskeliggjort på grunn av lengre utenlandsopphold.¹⁹ I dag er dette ikke lenger en aktuell problemstilling. Med dagens telekommunikasjoner vil det som tidligere nevnt være mulig å gjennomføre et fjernavhør under saken, uansett om vedkommende part eller vitne befinner seg under andre og fjerne himmelstrøk.²⁰ Dagens formål med bevisopptakelse er først og fremst å sikre vedkommendes forklaring i et tilfelle hvor denne fryktes å være syk, dement eller død når det kommer til hovedforhandling. Når det gjelder realbevis kan det ligge i bevisets natur at det med tiden forspilles eller det kan dreie seg om elektroniske bevis som enkelt kan slettes eller forandres.

4.2.2 Andre grunner

Det andre alternativet er at det *”av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset”*. Muligheten for bevistilgang innebærer som tidligere nevnt en utvidelse av de gamle reglene

¹⁹ Civilprosesslovkomisjonens utkast 1908

²⁰ Jf. NOU 2001:32 s. 987

etter tvistemålsloven. En alminnelig forståelse av lovens ordlyd tilsier en vid ramme for hva som kan kreves bevissikret. Vurderingen skjerpes likevel ved at det må være ”særlig viktig” å få tilgang til beviset før saksanlegget. Dette siste vilkåret om at det må være særlige viktig å få tilgang til beviset samsvarer med vilkårene for bevisopptak under saksforberedelsen i tvisteloven § 27-1.

Ved å operere med et så generelt grunnlag som at det av ”andre grunner” er viktig å få tilgang til beviset, blir faren for misbruk av bevissikringsregelen større enn der begjæringen er begrunnet med bevisforspillelsesfare. Dersom saksøker oppnår å ”kikke motparten i kortene” kan dette få store negative konsekvenser for motparten. Bare det faktum at bedriftsdokumenter, gjenstander og kanskje også forretningshemmeligheter kommer på avveie er en stor belastning for en motpart. Og verre er det om en konkurrent har fått tilgang til dem. Slike situasjoner er man sikret dårlig mot ved å gi adgang til bevissikring på et så generelt grunnlag. Når det i tillegg ikke kreves at saksøker sannsynliggjør noe underliggende krav må vernet av motpartens interesser her sies å være for dårlig.

Forarbeidene påpeker riktignok at vilkåret ”andre grunner” er ”en unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde”. Det fremheves at bevissikring antakelig vil ”fremstå som et (enda) mer ekstraordinært virkemiddel”, og at terskelen for å tillate dette derfor bør være noe høyere enn for bevisopptak under saksforberedelsen.²¹ Som påpekt ovenfor fremstår lovens ord i seg selv som noe motstridende. Når forarbeidene gjør det klart at regelen skal ha et snevert anvendelsesområdet, tilsier det at man må legge størst vekt på lovens krav om at det skal være ”særlig viktig” for saksøker å få tilgang til beviset før sak er reist. Ved å stille strenge krav reduserer man dessuten faren for misbruk av instituttet.

Ettersom regelen er ment å innebære en utvidelse av bevissikringsinstituttet, må det imidlertid være en viss praktisk adgang til å benytte seg av den. Gode grunner for å begjære bevissikring er ønsket om å få et bedre grunnlag å forhandle en sak på. Det kan også være

²¹ Jf. NOU 2001:32 s. 988

at saksøker ønsker å få avklart de faktiske forhold for å finne ut av om han skal reise sak eller ikke, eller ta til motmæle i en sak eller ikke. Slike synspunkter stemmer godt overens med tvistelovens formål om å legge til rette for forhandlinger, oppnå forlik og dessuten også unngå søksmål på uholdbart faktisk grunnlag.²²

Schei m.fl. s. 1249 påpeker at forarbeidene ikke gir noen eksempler på når vilkåret om ”særlig viktig” er oppfylt. Det poengteres imidlertid at det må være en viss adgang til å gjøre bruk av regelen. Forfatterne begrunner dette med at saksøkeren kan være påført en skade, men at han ikke kjenner til skadevolderen. Det vil i slike tilfeller være behov for å få avklart hvem et søksmål skal rettes mot for å slippe å reise søksmål mot flere potensielle skadevoldere. Det påpekes videre at hensiktsmessighetsgrunner taler for at bevissikringsreglene i slike tilfeller må kunne benyttes.

Retten må foreta en konkret helhetsvurdering av om det påberopte vilkåret er tilstede. Bakgrunnen for at lovgiver har valgt å oppstille skjønnsmessige vilkår i stedet for å kategorisere ulike potensielle typetilfeller der bevissikring vil være aktuelt, er praktiske årsaker. Typiske innvendinger vil som nevnt være forretningshemmeligheter og annen sensitiv informasjon. En fare for skandalisering og tap av goodwill er momenter som nok bør tillegges betydning.

I Borgarting lagmannsretts avgjørelse av 9. juni 2009, nevnt foran under punkt 4.1.4, foretok lagmannsretten også en vurdering av hvorvidt det ”av andre grunner er særlig viktig” å få tilgang til beviset før sak er reist. Bevissikringen hadde tilknytning til et utlegg i fast i eiendom, og spørsmålet var hvem som var eier av eiendommen. Retten fant at vilkåret for bevissikring ikke var oppfylt og viste til uttalelsene i forarbeidene om at vurderingen må være konkret og forankret i den situasjonen som foreligger. Retten foretok en avveining av saksøkerens behov for innsyn i motpartens bankutskrifter og selvangivelse, opp mot motpartens behov for privatliv og ønske om vern av slike dokumenter. Retten viste

²² Jf. NOU 2001:32 s. 988

til at ”bevissikring skal være et ekstraordinært virkemiddel og at terskelen skal være høy”, og at det ikke var ”særlig viktig” å få tilgang til bevisene i dette tilfellet.

Denne saken, som knyttet seg til spørsmålet om hvem som var eier av en eiendom, var spesiell i den forstand at det allerede forelå et bevis som langt på vei kunne godtgjøre eierforholdet, nemlig opplysninger fra tinglysningsmyndighetene. Kjennelsen illustrerer at retten ikke uten videre vil tillate sikring av ytterligere bevis på bekostning av motparten. Det er altså ikke grunn til å tro at bevissikring kan benyttes for å ”helgardere seg” med tanke på bevis til en fremtidig rettssak.

I Borgarting lagmannsretts avgjørelse av 20. juli 2012 besluttet retten å tillate bevissikring i forbindelse med mistanke om brudd på en kommisjonsavtale mellom Santander Consumer Bank AS og Oslo Bilauksjon AS.²³ Begjæringen gjaldt innsyn i en oversikt over de objekter som er solgt utenfor kommisjonsavtalen. Retten la avgjørende vekt på at Santander gjennom denne avtalen hadde forpliktet seg til å gi Oslo Bilauksjon AS daglige opplysninger om avvik av mindre omfang, og tillot bevissikringen på bakgrunn av at åpenhet om de faktiske forhold fremmer tvistelovens siktemål om å hindre at søksmål anlegges på et uholdbart faktisk grunnlag.

Som det fremgår følger det både av forarbeidene og rettspraksis at det skal relativt mye til for å oppnå bevissikring på dette grunnlaget. Vurderingsnormen er streng og saksøkeren må påvise en konkret og særlig grunn for å få medhold i begjæringen. Retten må foreta en avveining av saksøkerens pretenderte grunn og de negative konsekvensene bevissikringen vil ha for motparten.

²³ Jf. LB-2012-88320

4.3 Kravet til spesifikasjon ved sikring av realbevis

4.3.1 Innledning

Ved en begjæring om bevissikring må saksøkeren spesifisere hva det ønskes bevissikring i, jf. ordet ”beviset” i tvisteloven § 28-2. Saksøkeren må navngi den personen som han ønsker avhør av og hvilken eller hvilke gjenstander det ønskes bevissikring i. Et spesifikasjonskrav er begrunnet i det alminnelige behovet saksøkte (og retten) har for å få en forståelse av begjæringen. At det gjelder et krav til spesifikasjon ved sikring av realbevis, fremgår uttrykkelig av tvisteloven § 26-6 første ledd. Her heter det:

”En begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder.

Retten kan lempe på kravet til spesifikasjon dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis.”

I visse tilfeller kan det være vanskelig å foreta en tilstrekkelig spesifikasjon fordi saksøker ikke er klar over det konkrete omfanget av bevis, men vet at man sannsynligvis vil finne noe av bevisverdi hos motparten. Da vil det kunne være grunnlag for å påberope seg lempingsregelen i § 26-6 annet ledd. Dette kommer særlig på spissen dersom det er tale om bevissikring i en stor dokumentmengde eller i et omfattende datamateriale.

Spesifikasjonsproblematikken har vært oppe i Høyesterett flere ganger, som har lagt til grunn at det ikke kan stille for strenge krav.²⁴ I forarbeidene til tvisteloven § 26-6 fremheves det at bestemmelsen har vært tolket strengt, og at den må sees i lys av nyere rettspraksis. Det avgjørende er etter dette muligheten for spesifikasjon, og hensynet til at kravet ikke urimelig skal hindre korrekt opplysning i saken.²⁵ Jeg vil i det følgende redegjøre for en høyesterettsavgjørelse, som riktignok er avsagt før tvisteloven trådte i kraft, men som er svært sentral for forståelsen av spesifikasjonsproblematikken.

²⁴ Se Rt. 2004 s. 442 avsnitt 30 og Rt. 2006 s. 626

²⁵ Jf. NOU 2001:32 s. 980

I Rt. 2006 side 626 vurderte Høyesterett kravene til spesifikasjon i tvisteloven § 28-2. Saken gjaldt selskapet Normarc Flight Inspection System AS (som leverer innflygningsinstrumenter til flyplasser) som mistenkte at tidligere ansatte hadde tatt kopier av datalagret materiale med seg over til det konkurrerende selskapet Norwegian SM. Politiet hadde henlagt saken, men etter at en analyse utført av sakkyndige tydet på at mistanken stemte begjærte Normarc bevissikring uten varsel etter tvistemålsloven § 271a.

Tingretten kom først til at vilkårene for bevissikring var til stede, idet det var sannsynlig at materialet var kopiert og at dette lett kunne ødelegges slik at bevis ble tapt. Namsmannen foretok deretter speilkopiering av alt datalagret materiale som befant seg hos Norwegian tilknyttet det siste året. Sikringen resulterte i ca. 285 millioner A4-sider eller ca. 5000 filer. I begjæringen til tingretten var det bare gjort gjeldende at datalagret materiale tilhørende Normarc hadde blitt kopiert og utnyttet av de tidligere ansatte i den nye konkurrerende virksomheten. Det var således ikke spesifisert hva det ble ønsket innsyn i. Tingretten opphevet derfor kjennelsen fordi den mente at det ikke var hjemmel til å foreta uspesifisert bevissikring.

Saken for Høyesterett gjaldt bare kravet om spesifisering. Retten kom med uttalelser som til en viss grad gir veiledning om hvilket spesifiseringskrav som gjelder på ulike stadier i en slik prosess.

4.3.2 Tidspunktet for spesifisering

Det følger av tvisteloven § 26-6 første ledd at begjæringen skal spesifisere hvilke gjenstander det ønskes bevissikring i. I forarbeidene heter det:

*”Etter at bevisopptaket er gjennomført, kan motparten begjære etterfølgende muntlig forhandling til prøvelse av om lovens vilkår for bevisopptak uten varsel til motparten var oppfylt, jf. henvisningen til tvangsfullbyrdelsesloven § 15-10 i fjerde punktum.”*²⁶

I Rt. 2006 s. 626 viste motparten til at ordlyden ”var” tilsier at en spesifikasjon må foretas før bevissikringen, og at denne spesifikasjonen blir avgjørende når retten på ny skal ta stilling til spørsmålet ved forhandlingene. Høyesterett var ikke enig i dette. Retten pekte på at en slik forståelse blir å legge for mye i fortidsformen og at det samsvarer dårlig med alminnelige rettergangsregler og særlig med det faktum at retten ved en etterfølgende muntlig forhandling vurderer bevissikringsspørsmålet på nytt. Videre uttalte retten at det må være adgang til å foreta nærmere spesifisering eller begrensning innen rammen av begjæringen ved anke til lagmannsretten, slik som for alminnelige sivile saker, og viste til juridisk teori. Høyesterett konkluderte derfor med at spesifiseringen ikke nødvendigvis må foreligge *før* bevisene er sikret.

Praktiske grunner taler for at en nærmere spesifikasjon må kunne foretas etter at materialet er sikret, og før det begjæres innsyn. I noen tilfeller – og særlig dersom det er snakk om beslag i et større dokumentmaterialet – vil saksøker kanskje ikke ha den fulle oversikt over omfanget av materialet og derfor vanskeligheter med å angi en spesifikk nok begjæring. Da vil det være behov for å kunne foreta en nærmere spesifisering på et senere tidspunkt.

4.3.3 Innholdet i spesifikasjonskravet

I den foran nevnte avgjørelsen drøftet Høyesterett forholdet til spesifikasjonskravet i tvistemålsloven § 253 og § 271 a om bevissikring uten varsel. Tvistemålsloven § 253 er videreført i tvisteloven § 26-6 og vilkårene er stort sett de samme. Den gamle reglen oppstilte en modifikasjon om at den som begjærer bevissikringen ”saavidt mulig” skal spesifisere begjæringen. I den nye regelen gjelder det en klar hovedregel om at spesifikasjon skal skje, men med en lempingsadgang i annet ledd.

²⁶ Jf. Ot.prp. nr. 33 (2003-2005) s. 8

Høyesterett uttaler følgende om kravet til spesifisering i begjæringen:

”Etter min mening må både formålet med henholdsvis begjæring om bevissikring og begjæring om innsyn, og praktiske hensyn få betydning for hvor strengt spesifiseringskravet skal stilles. Begjæringen om bevissikring skal gi en mulighet for retten til å vurdere om bevis skal tillates sikret for å hindre at det blir slettet, gjemt bort eller liknende. Ikke minst for elektronisk lagrete data gjør praktiske forhold at det kan være vanskelig å komme langt i spesifisering. Skjer sikringen ved speilkopiering av data, mister heller ikke den saksøkte tilgangen til materialet. I tilfeller der det bevismessig er på det rene at det er foretatt ulovlig kopiering, bør da ikke kravet til spesifisering stilles så strengt at man blir avskåret fra å få vite hva som er ulovlig kopiert.”

Denne uttalelsen stemmer godt med det som i dag følger direkte av tvisteloven § 26-6 annet ledd. Etter bestemmelsen kan spesifikasjonskravet lempes dersom det blir *”uforholdsmessig vanskelig”* å etterkomme og det er en *”nærliggende mulighet”* for at kravet kan gi tilgang til bevis. Etter Høyesteretts oppfatning kan det ikke stilles for strenge krav til spesifikasjon. Det fremheves at poenget med spesifikasjon er at retten skal gis anledning til å vurdere om bevis skal sikres for å hindre at bevis går tapt.

Høyesterett skiller mellom spesifiseringskravet på det innledende stadium, altså på begjæringstidspunktet, og på et senere stadium der retten tar stilling til hva det skal gis innsyn i. Om spesifiseringskravet etter at bevissikringen er foretatt heter det:

”Hva det etter den innledende sikringen, jf. § 271 a første ledd første og andre punktum, skal gis innsyn i, må bestemmes som ledd i den etterfølgende kontradiktoriske behandlingen. Her vil kravet til spesifisering i noen grad skjerpes, men likevel slik at momenter i den nærmere vurderingen blant annet vil være i hvilken grad spesifisering er mulig, og hvor nærliggende det er at det foreligger bevismateriale som det er grunn til å sikre.”

Etter Høyesteretts oppfatning kan kravet skjerpes noe på et senere stadium. Det presiseres likevel at det må foretas en konkret vurdering av om det er mulig for saksøkte å gi en nærmere spesifikasjon. Betydningen av denne avgjørelsen er at det bevissikringsreglenes del åpnes for et spesifikasjonskrav som ligger langt lavere enn det som ellers gjelder i sivilretten.

Tilsvarende synspunkt er antatt blant annet i reglene i straffeprosessloven § 203 om ransaking og beslag, jf. Bjerke, Keiserud og Sæther: Straffeprosessloven (4 utg.) side 712 med henvisninger til rettspraksis. En av disse avgjørelsene er Rt. 1981 s. 1199. I denne avgjørelsen hadde lagmannsretten samtykket i at det i forbindelse med ransakingen ble beslaglagt dokumenter som var av betydning som bevis for de forbrytelser som siktede med skjellig grunn var mistenkt for. Kjæremålsutvalgets flertall fant at dette var en for omfattende og upresis angivelse av det som skulle beslaglegges. Lagmannsretten hadde også tillatt beslag av et sett dokumenter som var ”forseglet av lensmannen”. Dette godtok kjæremålsutvalget som en tilstrekkelig spesifikasjon. Dette ble grunnlagt med at det var tale om et klart avgrenset dokumentmateriale, som det ville være for strengt å kreve at ble angitt enkeltvis.

Denne linjen ble fulgt opp i Rt. 1992 s. 898 der kjæremålsutvalget uttalte at ”Hvor langt man skal gå i å godta en kollektiv angivelse av dokumenter vil bero på en konkret og praktisk vurdering”. Denne saken gjaldt beslag i ”regnskapsmateriale”, hvilket var en angivelse kjæremålsutvalget aksepterte i dette tilfellet. I Rt. 1995 s. 1831 viser kjæremålsutvalget til begge avgjørelsene og la til grunn at en generell henvisning til alle dokumenter som gjaldt et bestemt utvalg pasienter ved et legekantor, var en tilstrekkelig angivelse av det materialet som man ville ha sikret. Avgjørende var at spesifikasjonen klart og tydelig anga hva som skulle beslaglegges, slik at man i størst mulig grad unngikk misforståelser og effektivt kunne få gjennomført beslaget. I Rt. 1996 s. 1558 vurderte kjæremålsutvalget betydningen av at en beslutning om ransaking var for generelt utformet. Dette innebar at beslaget var uhjemlet. Etter kjæremålsutvalgets syn innebar dette ikke

nødvendigvis at beslaget måtte oppheves, men et spørsmål om beslaget skulle opprettholdes.

Disse avgjørelsene legger til grunn at spesifiseringskravet så vel ved ransaking og beslag etter straffeprosessloven som ved bevissikring vil måtte bero på hvilket stadium i prosessen man er; i en initial fase eller i en mer avsluttende fase. Det faktum at uriktige vurderinger på beslagstidspunktet ved ransaking og beslag ikke nødvendigvis medfører opphevelse, stemmer godt overens med den nye vurderingen som foretas etter muntlig forhandling i bevissikringssaker.

4.4 Betydningen av Grunnloven § 102

En problemstilling er hvordan bevissikringsregelen forholder seg til Grunnloven § 102 om at *"Hus-Inkvisitioner maa ikke finde Sted, uden i kriminelle Tilfælde"*. Denne bestemmelsen taler om "husinkvisisjoner" og omfatter ulike typer ransaking av bolig. Grunnloven § 102 er ment å skulle gi et vern for borgerne mot at myndighetene trenger seg inn i deres private hjem ("Hver Borgers Huus er helligt")²⁷. Undersøkelser av forretningslokaler, kafeer og lager faller utenfor bestemmelsen, jf. Andenæs: Statsforfatningen i Norge (3. utg.) s. 338. Som påpekt av professor Andenæs i denne utgaven innebærer Grunnloven § 102 en viss begrensning i lovgiverens frihet til å tillate husundersøkelser og det er uklart hvor langt denne begrensningen går. Andenæs tilføyer at husundersøkelser i forbindelse med mistanke om overtredelse av tollovgivningen, men at *"ellers er det uråd å vite hvordan grunnlovgiverne har tenkt seg grensen trukket"*.

I en høyesterettsdom inntatt i Rt. 1871 s. 211 er det lagt til grunn at man ved avgjørelsen om bestemmelsen skal få anvendelse må foreta en avveining av de samfunnsmessige hensyn som taler for at undersøkelsen gjennomføres på den ene side og hensynet til den private part på den annen. Saken gjaldt husundersøkelse på bakgrunn av mistanke om ulovlig salg av brennevin. I avgjørelsen heter det:

²⁷ Jf. Andenæs og Fliflet (2006) s. 407

«Ulovlig Brændevinshandel er av de Forbrydelser, som det er meget vanskelig at faa bevist, og der lægges mang en Gang saa stor Sluheed for Dagen, at det er vanskelig for det Offentlige at komme nogen Vei, og paa Grund deraf drives mang en Gang denne ulovlige Trafikk i saa stort Omfang, at den deraf flydende Demoralisation er af meget stor Betydning ... Demoralisationen, som følger heraf, er saa stor og Vanskeligheden ved at opdage den saa betydelig, at Lovgivningen har maattet tage andre Forholdsregler ved den end med andre almindelige Politiforseelser.»

Retten la derfor til grunn at ransaking i dette tilfellet ikke var grunnlovsstridig. Saken gjaldt riktignok straffeprosessuell ransaking, der det den gang som nå må påvises ”skjellig grunn til mistanke”. I artikkelen til Marius Stub om Grunnloven § 102 fremheves det at "handlingen [ikke bare] må være så alvorlig at det er rimelig at hensynet til den private part må vike, men antakelig også at det må være behov for husundersøkelser i den aktuelle sakstypen. De handlinger som i dag gir grunnlag for ransaking etter straffeprosessloven § 192, må antas å oppfylle disse kravene, iallfall når man tar hensyn til begrensningene i straffeprosessloven § 170 a.”.

Problemet i forhold til bevissikringsregelen er at det nettopp ikke nødvendigvis må foreligge noen mistanke om ulovlige forhold. Bevissikring skjer på bakgrunn av saksøkers pretensjon om å ha et sivilt krav mot saksøkte, og som utgangspunkt uten at retten har vurdert det underliggende kravet kan tenkes å føre frem. I bevissikringssakene har lovgiveren ikke problematisert det praktisk viktige tilfellet at bevisene kan befinne seg i et privat hjem og forholdet til Grunnloven § 102 i den forbindelse. Betenkelighetene kommer på spissen der det besluttes bevissikring uten kontradiksjon.

Etter min oppfatning må det stilles strengere krav til bevissikringsbehovet ved sikring i et privat hjem uten forutgående varsel. Som påpekt av Stub vil imidlertid bevissikring uten varsel ofte skyldes saksøktes forutgående oppførsel. Det kan være at han har vist seg særdeles lite samarbeidsvillig. I slike tilfeller skal man ikke se bort ifra at den saksøkte

skjuler ting i sitt hjem. Selv om namsmannen etter tvangsfullbyrdelsesloven 5-10 annet ledd er forpliktet til å utvise hensynsfullhet og varsomhet, bør man ikke uten videre godta bevissikring i et hjem hvor det må forventes at familien befinner seg. Det er lagt til grunn av Schei m.fl. s. 1254 at retten unntaksvis vil kunne avslå en begjæring om bevissikring etter en interesseavveining. Etter mitt syn vil en bevissikringsundersøkelse i et hjem ikke uten videre være i strid med Grunnloven § 102. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der sikringen i et privat hjem hensett til sikringsbehovet vil bli uforholdsmessig. Da vil Grunnloven § 102 kunne sette en skranke for sikringen.

4.5 En generell proporsjonalitetsbegrensning

En proporsjonalitetsbegrensning vil si at det på et bestemt rettsområde gjelder en regel om at jo mer alvorlig og belastende inngrepet er, jo mer tungtveiende må de hensyn som begrunner inngrepet være. At det gjelder et krav om forholdsmessighet for bevissikring uten varsel er klart, jf. tvisteloven § 28-3 fjerde ledd. Spørsmålet er imidlertid om det gjelder et krav om forholdsmessighet helt generelt for bevissikringsregelen. Det fremgår ikke et uttrykkelig krav til proporsjonalitet i tvisteloven § 28-2. Bevissikringsreglene innebærer imidlertid en fare for at det begås overgrep overfor den saksøkte ikke minst fordi det kan besluttes bevissikring uten at saksøkerens hovedkrav sannsynliggjøres og etter tvisteloven § 28-3 fjerde ledd uten kontradiksjon, jf. Robberstad s. 163.

Et alminnelig proporsjonalitetsprinsipp for all bevisførsel følger av tvisteloven § 21-8. Dette går ut på at det skal være et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisførselen. Regelen innebærer en begrensning i adgangen til fri bevisførsel. Vurderingen av forholdsmessigheten må skje på bakgrunn av en avveining mellom bevisets betydning og partenes øvrige interesser i saken. Retten kan trolig også vektlegge ideelle interesser, hensynet til andre enn partene og et generelt rettsavklaringsbehov.²⁸ Dette

²⁸ Jf. Reusch m.fl. kommentar til § 21-8 note 1102

alminnelige prinsippet er også nedfelt i tvistelovens formålsbestemmelse § 1-1. Både første ledd og annet ledd i bestemmelsen tilsier et krav om forholdsmessighet i sivile saker.

Det vil ikke være adgang til å sikre bevis som ikke vil kunne benyttes i en fremtidig rettssak. Det følger for øvrig av forarbeidene til tvisteloven at proporsjonalitetsprinsippet skal gjelde generelt i sivile saker.²⁹ Et krav om proporsjonalitet har man også på en rekke andre rettsområder hvor det inngis begjæringer om enkeltstående rettergangsskritt til en domstol. Blant annet gjelder det for tvangsmidlene i straffeprosessen at et tvangsmiddel ikke kan brukes når dette etter sakens art og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep (strpl § 170 a).

Et krav om forholdsmessighet følger dessuten av EMK artikkel 8. Her bestemmes det at inngrep i en borgers rett til privatliv må være nødvendig etter en forholdsmessighetsvurdering der hensynet til borgeren vektes opp mot beskyttelsen av tredjemannsinteresser, jf. artikkel 8 nr. 2. I denne vurderingen tar Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD) for seg karakteren og alvoret av det som begrunner inngrepet, måten inngrepet ble besluttet på, innholdet og omfanget av sikringen, stedet for bevissikringen og eventuelle følger sikringen har for motpartens omdømme.³⁰ Ettersom EMK har forrang fremfor tvisteloven taler dette for at et tilsvarende krav til forholdsmessighet skal gjelde for bevissikring, jf. menneskerettsloven § 3, jf. § 2.

I saken fra Eidsivating lagmannsrett, avsagt 5. september 2012³¹, vurderte lagmannsretten forholdsmessigheten og fant at bevissikringen ikke var urimelig. Retten erkjente at bevissikringen ville medføre mye irrelevant materiale, men mente likevel at det ville være for strengt å kreve en mer konkret spesifisering av det materiale som ble ønsket sikret. Selv

²⁹ Jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 50

³⁰ Se Buck vs. Germany av 28. mars 2005, application no. 41604/98

³¹ Jf. LE-2012-077346

om saken gjaldt store verdier, mente retten at det vernet av rekvirentens rettigheter som bevissikringsinstitutter er ment å gi ellers ville ha blitt ”illusorisk”.³²

Det kan tenkes at saksøkerens behov for rettslig avhør av et vitne er ikke så stort, og at dette ikke står i forhold til vitnets dårlige helsetilstand og mulighet for å avgi forklaring. Annerledes vil det være dersom saksøkeren har et prekært behov for å få avklart faktum. Schei m.fl. s. 1254 har fremhevet at retten bare unntaksvis kan avslå en begjæring etter en interesseavveining. Etter min oppfatning bør faren for misbruk av bevissikringsordningen lede til at man åpner for et noe større skjønn fra rettens side enn det Schei tar til orde for.

5 Begjæringen og rettens avgjørelse

5.1 Kompetent domstol, partene og begjæringen

Etter tvisteloven § 28-3 første ledd skal en begjæring om bevissikring fremmes for den domstol der sak om kravet kunne vært reist. Dersom det er klart at bevissikring bør skje ved annen domstol, kan imidlertid kravet fremmes for denne. Denne ordningen er noe mer spesifikk enn den parallelle bestemmelsen i tvistemålsloven § 268. Etter denne bestemmelsen skulle begjæringen fremmes for tingretten på det stedet hvor vitnet bor eller oppholder seg eller hvor tingen som skal granskes befinner seg. Dette var en svært fleksibel bestemmelse som hadde parallell i straffeprosessloven § 12 om at enkeltstående rettshandlinger i straffesakssammenheng "foretas som regel i den rettskrets der den person som skal avhøres bor, eller oppholder seg, eller der den ting som rettshandlingen gjelder antas å være".

Den gjeldende bestemmelsen i tvisteloven § 28-3 første ledd er begrunnet i at det i regelen vil være best å fremme begjæringen for den domstol der en eventuell sak kunne vært reist. Ved usikkerhet om hvilken domstol som er den rette, for eksempel i et tilfelle hvor

³² Jf. LE-2012-077346 s. 9

rekvirenten ikke har helt klart for seg hvem som vil bli motpart ved en senere behandling av det underliggende kravet, må domstolen legge det alternativet den finner mest sannsynlig til grunn, jf. NOU 2001:32 s. 989. Dersom det er mest praktisk å fremsette begjæringen for en annen domstol, kan rekvirenten gjøre det.

Begjæringen om bevissikring må rette seg mot den personen som man ønsker skal forklare seg, eller mot den personen eller det foretak som besitter de realbevis som skal sikres. Dermed vil den som blir direkte berørt få anledning til å uttale seg før gjennomføring av bevissikringen med mindre unntaksbestemmelsene i tvisteloven § 28-3 tredje og fjerde ledd kommer til anvendelse. I tvisteloven § 28-3 annet ledd er det imidlertid presisert, det som ikke gir seg selv, nemlig at også den person som det er nærliggende at et eventuelt senere søksmål vil bli reist mot, skal gjøres til motpart. Ordet "*nærliggende*" må forstås at vedkommende mest sannsynlig vil komme til å bli part. Den eller de som angis som motpart oppnår visse partsrettigheter, som for eksempel muligheten til å komme med innsigelser, men det er selvsagt valgfritt om man vil benytte seg av disse eller ikke, jf. NOU 2001:32 side 989.

Begjæringen må inneholde den informasjon som retten og motparten trenger for å kunne danne seg et bilde av hva som slags bevissikring det er tale om og herunder å vurdere om de spesielle vilkårene for bevissikring er oppfylt, jf. tvisteloven § 26-6 og § 27-2 annet ledd.³³ Ved begjæring om bevissikring av et omfattende materiale kan det ikke stilles for strenge krav til spesifisering av det som ønskes sikret, jf. nærmere i punkt 4.3. Det må imidlertid være riktig, som påpekt av Schei m.fl. s. 1252, at begjæringen må være så utførlig at den gir motparten en tilstrekkelig orientering slik at han kan ivareta sine interesser på en forsvarlig måte. I lovkommentaren heter det videre at det kan "*søkes en viss veiledning i det kvalitetsmessige kravet som for stevninger er oppstilt i § 9-2 tredje ledd, hvorefter begjæringen må gi grunnlag for en forsvarlig behandling av bevissikringskravet, og gi en slik faktisk og rettslig begrunnelse at motparten kan ta stilling til kravet.*"

³³ Jf. NOU 2001:32 s. 990

5.2 Utgangspunktet om kontradiksjon

Et alminnelig utgangspunkt i norsk rett er at rettslige avgjørelser ikke skal fattes uten at den som blir berørt av avgjørelsen får anledning til å uttale seg. Dette må som utgangspunkt lede til at også en avgjørelse om bevissikring må treffes på grunnlag av forutgående kontradiksjon. Tvisteloven § 28-3 gir liten veiledning med hensyn til hvordan retten skal ivareta hensynet til kontradiksjon. Bestemmelsen krever ikke at det innkalles til muntlige forhandlinger før avgjørelse fattes, slik utgangspunktet er for arrest og midlertidig forføyning.³⁴ Paragrafen forutsetter at det på et eller annet tidspunkt i det minste må gis et varsel til den eller de saksøkte med mulighet for vedkommende til å uttale seg.

Retten er gir dommeren en stor grad av frihet til hvordan hensynet til kontradiksjonen skal ivaretas. Det avgjørende er at retten får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag å bygge avgjørelsen på. Det betyr at det i noen tilfeller vil være riktig å avholde et rettsmøte med begge parter til stede, mens det i andre tilfeller vil være tilstrekkelig å invitere motparten til å komme med skriftlige bemerkninger eller avholde et telefonmøte. Hvis bevissikringen er av stor betydning for saksøkeren, og det ikke er nødvendig å avstå fra en forutgående kontradiksjon etter reglene i tvisteloven § 28-3 tredje og fjerde ledd, vil det nok vanligvis være best å innkalle partene til et kort rettsmøte.

5.3 Bevissikring uten varsel av hensyn til rask gjennomføring

Det følger av tvisteloven § 28-3 tredje ledd første punktum at en bevissikring kan gjennomføres straks dersom det er nødvendig for å sikre beviset. Underforstått innebærer bestemmelsen at retten kan fatte en avgjørelse uten kontradiktorisk behandling, og deretter går direkte til gjennomføring av sikringen. Bestemmelsen kan brukes blant annet i tilfeller der gjenstanden som sikringen angår går tapt hvis det ikke sikres nå eller det har vist seg at saksøkte er umulig å få tak i og det av den grunn haster med å få gjennomført bevis-

³⁴ Jf. Robberstad s. 162

sikringen. Utgangspunktet er imidlertid at retten skal forsøke å varsle motparten, men dersom formålet med begjæringen forutsetter at bevissikringen skjer raskt og det overhodet ikke er mulig å få varslet motparten, skal sikringen likevel gjennomføres. Etter § 28-3 tredje ledd tredje punktum skal retten om mulig oppnevne en representant for saksøkte og snarest underrette han om det som er foretatt. Det stilles ikke krav til kvalifikasjoner hos representanten, men denne må kunne ivareta motpartens interesser på en forsvarlig måte.³⁵ Det kan for eksempel oppnevnes en nøytral tredjeperson som retten stoler på og som kan hjelpe til med det praktiske på det stedet bevisgjenstandene befinner seg. Det kan for eksempel være vaktmester i den bygården hvor saksøktes bedrift befinner seg. Det er understreket i forarbeidene at det også kan oppnevnes en fagkyndig representant dersom det er en spesiell gjenstand som skal undersøkes. Det kan være en siviløkonom ved sikring av regnskapsdokumenter, eller en bilmekaniker ved sikring av ulovlig salg av bildeler. Når retten ikke har fått varslet motparten, plikter den å underrette vedkommende så snart det blir anledning til det.

5.4 Bevissikring uten varsel fordi motparten trolig vil motarbeide sikringen

Etter tvisteloven § 28-3 fjerde til sjette ledd kan retten også beslutte bevissikring uten varsel til motparten dersom det er "grunn til å frykte for at motparten vil kunne hindre at beviset sikres". Det er ikke noe krav om at motparten har utvist en bestemt forutgående adferd som gir indikasjon på at det foreligger en bevisforspillelsesfare. Det oppstilles heller ikke krav om at motparten har opptrådt klanderverdig.³⁶ Det er i prinsippet tilstrekkelig at det objektivt sett er grunn til å frykte for at beviset kan gå tapt om begjæringen forelegges for saksøkte. Det kan for eksempel være tilfelle ved bevissikring i elektroniske bevis. Et elektronisk bevis kan med et enkelt tastetrykk både slettes, manipuleres og bli vanskeliggjort tilgangen til.

³⁵ jf. NOU 2001:32 (2004-2005) s. 989

³⁶ Jf. Robberstad s. 161

Bevissikring uten varsel bryter med idealet om at en domstol først kan fatte sine beslutninger etter å ha hørt begge parter. Begrunnelsen for disse bestemmelsene er imidlertid å forhindre bevisforspillelse og derigjennom i større grad sikre en materielt riktig avgjørelse i den fremtidige saken. Departementet har begrunnet dette som følger:

”Kontradiksjon er generelt viktig for sakens opplysning. Det sikrer flest mulig riktige avgjørelser. De tilfellene regelen tar sikte på å fange opp, er imidlertid tilfeller der kontradiksjon på et innledende stadium kan føre til at saken blir dårligere opplyst slik at risikoen for materielt uriktige realitetsavgjørelser øker. Betenkelighetene knytter seg derfor ikke til at manglende kontradiksjon kan føre til uriktige realitetsavgjørelser, men til at ordningen kan påføre motparten et uforholdsmessig tap eller bryderi sammenlignet med saksøkerens interesser. Faren for materielt uriktige realitetsavgjørelser på grunn av bevisforspillelse fra motpartens side må anses som et større rettssikkerhetsproblem.”³⁷

Tankegangen at det undertiden kan være viktigere å sikre bevis enn at det grunnleggende prinsippet om kontradiksjon ivaretas. Det å ikke ha kontroll på sitt eget materiale kan være en påkjenning for en motpart, men den bevismessige betydningen av materialet kan være så stort at den manglende kontradiksjonen kan forsvares.

I praksis vil det ofte være motpartens adferd som har skapt bevisforspillelsesfaren. Et eksempel er at rekvirenten mistenker en tidligere ansatt for å ha tatt med seg kundelister over i et annet konkurrerende selskap og ønsker sikret bevis for dette. I et slikt tilfelle er det nærliggende å frykte at motparten – dersom han får vite om bevissikringen i forkant av gjennomføringen – vil forsøke å ødelegge eller slette de dokumenter som omfatter de aktuelle kundelistene. Det kan imidlertid være at saksøkerens mistanke ikke holder mål, eller at den til og med er konstruert. Da kan det bli urimelig om en tidligere ansatt skal måtte tåle bevissikring.

³⁷ Jf. Ot.prp.nr. 33 (2003-2004) s. 5

Det er viktig at retten samvittighetsfullt vurderer slike begjæringer og ikke uten videre legger til grunn det som anføres av saksøkeren. Robberstad har stilt seg kritisk til bevissikring uten varsel, fordi bestemmelsen bryter med det alminnelige prinsippet om at det skal være kontradiksjon. Bevissikringsregelen kommer i en annen stilling enn arrest og midlertidig forføyning, fordi man ved bevissikring ikke må sannsynliggjøre noe hovedkrav.³⁸

Ved bevissikring uten varsel etter § 28-3 fjerde ledd skal verken saksøkte eller allmennheten gjøres kjent med saken før bevissikringen er gjennomført, eller mer enn seks måneder er gått siden saken ble avsluttet, jf. fjerde ledd annet punktum. I etterkant får motparten varsel, men i praksis vil nok ofte motparten få rede på bevissikringen før dette tidspunkt. Motparten kan begjære etterfølgende muntlig forhandling innen to uker etter at han fikk formell underretning om bevissikringen, jf. fjerde ledd femte punktum. Dersom retten avslår begjæringen, får heller ikke motparten melding om bevissikringssaken før etter seks måneder.

5.5 Avgjørelsen om bevissikring

Kapittel 28 er taus om hvilken form avgjørelsen skal ha. Forarbeidene gir også liten veiledning, men viser til at de alminnelige reglene om bevis gjelder, jf. tvisteloven § 28-4. Selv om avgjørelsen ikke gjelder saksbehandling i snever forstand og heller ikke knytter seg til det underliggende kravet, skal den ha kjennelses form, jf. tvisteloven § 19-1 annet ledd bokstav d. Slik var det også etter tidligere rett, jf. tvistemålsloven § 270 som generelt ga uttrykk for at begjæring om bevisopptak avgjøres ved kjennelse.

Rettens avgjørelse må gjøre rede for den bevisvurdering og rettsanvendelse som avgjørelsen er bygget på, jf. tvisteloven § 19-6 femte ledd annet punktum. Videre må avgjørelsen i tilstrekkelig grad identifiserer hva det skal tas bevissikring i. Dersom bevissikringen er besluttet uten noen kontradiktorisk behandling kan det ikke stilles altfor

³⁸ Se Robberstad s. 163 flg.

strengt krav til slik spesifisering, jf. foran i punkt 4.3. Beslutter retten bevissikring uten kontradiksjon, kan partene og enhver som rammes kreve muntlige forhandlinger. Hvis retten kommer til at begjæringen om bevissikringen ikke kan tas til følge kan rekvirenten anke beslutningen, jf. tvisteloven § 29-2 første ledd.

Verken saksøkte eller allmennheten skal gjøres kjent med bevissikringssaken før sikringen er gjennomført, eller mer enn seks måneder er gått siden saken ble avsluttet, jf. tvisteloven § 28-3 fjerde ledd annet punktum. En kjennelse om bevissikring kan for øvrig være unntatt offentligheten på bakgrunn av det saken dreier seg om. Domstolloven §§ 129 og 130 oppstiller regler for når en avgjørelse automatisk er unntatt offentligheten og i hvilke tilfeller retten kan beslutte begrensninger i offentligheten.

6 Gjennomføring av sikringen

6.1 Innledning

Bevissikring kan gå ut på å foreta rettslig avhør og sikring av realbevis. Det følger av tvisteloven § 28-4 at reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak gjelder ”så langt de passer”. Tvistelovens alminnelige bestemmelser om bevis får derfor anvendelse. Det fremgår også av forarbeidene at disse reglene skal få anvendelse ved bevissikring, jf. NOU 2001:32 s. 988.

For rettslig avhør innebærer henvisningen blant annet at kapittel 27 får anvendelse. For sikring av realbevis gjelder lovens kapittel 26. Felles for all bevissikring er at også de øvrige bestemmelsene i tvistelovens femte del får anvendelse. Dette gjelder blant annet reglene om bevisforbud og bevisfritak i lovens kapittel 22. Forarbeidene er sparsomme i sin beskrivelse av hvordan gjennomføringen skal skje. Det uttrykkes at det ikke er påkrevet å

ha egne regler for gjennomføringen og at de øvrige kapitlene i tvisteloven gir den nødvendige veiledning.³⁹

Gjennomføringen av sikring av realbevis kan være betydelig mer komplisert enn et bevisopptak og gjennomføringen skjer ofte i flere faser. I en hovedforhandling må bevisene fremlegges for retten til vurdering. Ved sikring av dokumentbevis er lovens hovedregel at den som forestår sikring tar dokumentene med seg for senere å kunne føre dem for retten, jf. tvisteloven § 26-2 og § 26-7 første ledd. Ved sikring av andre realbevis følger det av tvisteloven § 26-3 at retten selv eller en annen undersøker beviset. Ved undersøkelse av bevismaterialet må det skrives en rapport, hva enten materialet består i dokumenter man tar med seg eller gjenstander som blir gransket på stedet. Dette innebærer at den som sikrer realbevis dels kan komme til å måtte ta med seg dokumenter og dels undersøke beviset på stedet.

6.2 Rettslig avhør

Gjennomføringen av et rettslig avhør er nokså uproblematisk. Avhøret foretas enten av den rett som har besluttet bevissikringen, eller det blir sendt en rettsanmodning til en annen domstol om å foreta avhøret. Det fremgår av tvisteloven § 21-11 at det kan holdes rettslig avhør blant annet dersom det vil medføre uforholdsmessige kostnader eller ulemper å avhøre vitnet direkte for den dømmende rett. Det er de samme hensynene som vil ligge bak rettens beslutning om å overlate bevisopptaket til en annen domstol, jf. tvisteloven § 27-2 tredje ledd.

Det følger av tvisteloven § 21-5 en alminnelig forklaringsplikt om faktiske forhold som kan ha betydning for avgjørelsen av en rettsak. Videre følger det av reglene § 23-2 og § 24-1 at både parter og vitner har forklaringsplikt. Det er understreket i forarbeidene at både vitner og motparter vil ha en forklaringsplikt etter dersom vilkårene for bevissikring er tilstede, jf. NOU 2001:32 s. 990. Dersom et vitne er uteblitt etter innkalling til et rettsmøte, kan

³⁹ Jf. NOU 2001:32 s. 990

vedkommende hentes etter tvisteloven § 24-5 og eventuelt straffes med bøter etter domstolloven § 205. Et vitne som nekter å forklare seg kan bøtelegges etter domstolloven § 206.

Det fremgår som nevnt ovenfor uttrykkelig av forarbeidene at både et vitne og motparten har en forklaringsplikt når vilkårene for bevissikring er tilstede. Det må etter min mening lede til at dersom saksøkte begjæres avhørt, må han betraktes som et ”vitne” i forhold til de sanksjonsmulighetene som kan gjøres gjeldende dersom han unnlater å møte eller nekter å forklare seg. Det er ikke reist noe søksmål ennå som han er part i og han er følgelig å betrakte som et vitne i en bevissikringssak som går ut på å oppta forklaring.

6.3 Hvem innhenter realbevis

Dette kan være uheldig at dommeren selv innhenter realbevis. Særlig i saker hvor det ikke har vært noen forutgående kontradiksjon, men også ellers, kan det være uheldig om dommeren reiser ut fra sitt kontor for å utføre noe fysisk i tilknytning til en sak eller oppsøke stedet der en part befinner seg. Dette hindrer imidlertid ikke at dommeren å legge til rette for gjennomføringen. Det kan for eksempel være at dommeren har besluttet bevissikring en gjenstand som befinner seg på et skip og at han gir ordre til havnesjefen om at skipet ikke må forlate havnen før namsmannen har undersøkt gjenstanden.

Rettspraksis har lagt til grunn at sikringen kan overlates til namsmannen. Avgjørelsen inntatt i Rt. 2006 s. 626 var den første saken i Høyesterett som gjaldt bevissikring uten forutgående varsel etter den dagjeldende bestemmelsen i tvistemålsloven § 271 a. Her hadde Oslo tingrett overlatt gjennomføringen av sikringen til namsmannen. Verken lagmannsretten eller Høyesterett kom med innvendinger mot dette. I RG. 2007 s. 736 la tingretten tilsvarende løsning til grunn, og peker på at den ikke kan se reelle hensyn som tilsier en annen løsning. Senere rettspraksis har forholdt seg til dette, og ordningen har også fått tilslutning i juridisk teori.⁴⁰ Ordningen med bruk av namsmennene er fornuftig fordi

⁴⁰ Jf. Schei m.fl. s. 1259

disse ofte har de nødvendige hjelpemidler og rutiner for en effektiv sikring av materiale. Namsmannen er også vant med å håndtere vanskelige situasjoner, og benytter seg blant annet av medhjelpere.

Det bør i slutningen sies noe om hvordan sikringen skal utføres og omfanget av den. Namsmannen må forholde seg til kjennelsen og finne rammene for hva og hvordan bevis skal sikres. Han må etter eget skjønn gjennomføre sikringen slik han finner det hensiktsmessig. Det kan være nødvendig å kontakte saksøker for nærmere informasjon om stedet for bevissikringen, og det kan være behov for bistand fra saksøkte ved innhenting av materialet. Behovet kan bestå i hjelp til pålogging, adgang til arkiver, safer etc.

Dersom det er besluttet bevissikring uten forutgående kontradiksjon, bør nok retten presisere i kjennelsen eller i et oversendelsesbrev til namsmannen i hvilken utstrekning namsmannen skal kunne ta kontakt med saksøkte i forbindelse med gjennomføringen. I en del tilfeller bør namsmannen sørge for at saksøkte møter opp samtidig med eller umiddelbart etter at namsmannen har kommet til bevissikringsstedet. Da må saksøkte få kjennelsen forkynt for seg og inviteres til å samarbeide. Namsmannen må forklare hva saken gjelder og at det ikke er tatt stilling hva som skal gjøres med materialet ennå. Han må videre forklare at gjenstandene vil bli lagret på en hensynsfull måte dersom det er snakk om å flytte på dem, og at namsmannen og hans medhjelpere er underlagt taushetsplikt.

6.4 Innhenting av realbevis hos tredjeperson

Under gjennomføring kan det vise seg at gjenstanden befinner seg hos en tredjeperson. Eksempelvis kan en låntaker eller en reparatør ha den aktuelle gjenstanden til reparasjon. Denne vil ofte ikke være gjort til saksøkt i saken. Spørsmålet er da om sikringen kan foretas når beviset er tredjepersons besittelse. Kapittel 28 bruker betegnelsen ”motparten” i § 28-3 om gjennomføringen og i § 28-5 som regulerer ansvaret for kostnader. Disse reglene kunne tilsi at sikringen ikke kan gjennomføres dersom realbeviset er hos en tredjeperson.

Det følger imidlertid av tvisteloven § 21-5 at enhver plikter å gi forklaring om faktiske forhold ”og gi tilgang til gjenstander som kan utgjøre bevis”. Videre følger det av tvisteloven § 26-8 at en kjennelse om sikringen av realbevis også kan tvangsfullbyrdes overfor en som ikke er part, forutsatt at retten treffer en særskilt avgjørelse om dette. Dette må lede til at dersom namsmannen under gjennomføringen finner at gjenstanden befinner seg hos en annen enn saksøkte og denne ikke er villig til å utlevere gjenstanden, må han henvende seg til tingretten som tar stilling til om fullbyrdelsen skal gjennomføres overfor vedkommende ved særskilt kjennelse, jf. § 26-8.

Man kan spørre seg om hvorfor tvisteloven kapittel 26 har regler om tvangsfullbyrdelse overfor tredjeperson, men ikke overfor parten. Svaret er at overfor en part som ikke oppfyller rettens kjennelse om fremleggelse av bevis, har en enda ”sterkere lut” til rådighet. Overfor en part kan man under et sivilt søksmål tvinge frem dokumentet ved at retten gir et såkalt fristforelegg, jf. tvisteloven § 16-7. I vår sammenheng er det imidlertid klart at namsmannen på grunnlag av rettens kjennelse kan bruke makt overfor den eller de saksøkte, jf. avsnittet nedenfor.

6.5 Bruk av makt

Ved sikring av realbevis kan retten som allerede nevnt overlate gjennomføringen til namsmannen. Det kan for eksempel være at motparten ikke vil slippe inn namsmannen eller ikke er tilstede slik at namsmannen ikke kommer inn. Det kan også være at namsmannen slipper inn i lokalet, men at han hindres i å gjennomføre sikringen og ta med seg gjenstander. I saker som gjelder tvangsfullbyrdelse følger det av tvangsfullbyrdesloven § 5-10 første ledd at namsmannen dersom tvangsfullbyrdelse møter motstand, eller en person som er varslet om en tvangsforretning unnlater å være til stede for å åpne, kan namsmannen bruke nødvendig makt. Namsmannen kan også kreve bistand fra politiet. Ved en slik bruk av makt må det imidlertid vises den hensynsfullhet og varsomhet som forholdene tillater, jf. § 5-10 annet ledd.

Det er ikke uten videre gitt at den myndigheten som namsmannen har etter tvangsfullbyrdelsesloven til å bruke makt kan brukes i en bevissikringssak. Det følger imidlertid av både overskriften og innholdet i tvisteloven § 28-4 at bevissikringen skal ”gjennomføres”. I tvisteloven § 27-5 første ledd heter det at ”Den som foretar bevisundersøkelsen, skal utføre de tiltak som er nødvendige for å oppnå formålet med undersøkelsen.”. Det skulle tilsi at namsmannen kan benytte seg av makt under innhenting av bevis. I Rt. 2006 s. 626 la Høyesterett til grunn at namsmannen kunne gjennomføre bevissikringen. Schei m.fl. legger i sin kommentar til grunn at retten kan overlate gjennomføringen til namsmannen og at han må kunne bruke de tvangsmidler som er gitt i tvangsfullbyrdelsesloven.⁴¹.

7 Etterfølgende muntlig forhandling

Dersom retten har besluttet bevissikring uten muntlig forhandling kan ”partene og enhver annen som rammes” kreve etterfølgende muntlig forhandling om bevissikringen, jf. § 28-3 fjerde ledd femte punktum, jf. § 32-8. Det er ikke vanlig å kalle etterfølgende muntlig forhandling for et ”rettsmiddel” fordi det dreier seg om en revurdering av saken i samme instans. Partene og andre berørte kan ved en skriftlig eller muntlig henvendelse til retten kreve at det innkalles til muntlige forhandlinger for en mulig revurdering av bevissikringen. Saksøkte kan kreve muntlig forhandling uten gebyr og med fortsatt status som saksøkt, jf. Rt. 1996 s. 306 og Falkanger m.fl. s. 1102. Det ligger i instituttet ”etterfølgende muntlig forhandling” at den forutgående avgjørelsen ikke kan ankes dersom etterfølgende muntlig forhandling står åpen for partene. Bakgrunnen for adgangen til slike forhandlinger er for å gjenopprette den ubalanse som loven allerede har åpnet for ved at retten kan beslutte bevissikring uten at motparten blir hørt.

Regler om såkalt etterfølgende muntlig forhandling har man for mange andre enkeltstående rettergangsskritt. Blant annet finnes det en slik regel i tvisteloven § 32-8 for det tilfelle at

⁴¹ Jf. Schei m.fl. s. 1259.

midlertidig sikring er besluttet uten muntlig forhandling, og det er nettopp denne bestemmelsen som § tvisteloven 28-3 fjerde ledd viser til. Tilsvarende bestemmelser har vi også for mange av rettsmidlene etter straffeprosessloven. Blant annet følger det av straffeprosessloven § 208 første ledd, jf. § 205 annet ledd at dersom beslag har vært besluttet av retten uten muntlig forhandling, ”kan enhver som rammes av beslaget, straks eller senere kreve brakt inn for retten spørsmålet om det skal opprettholdes”. Har derimot retten forut for avgjørelsen avholdt muntlig forhandling, må det anvendes ordinære rettsmidler.

Motparten må begjære muntlig forhandling innen to uker regnet fra det tidspunkt han fikk kunnskap om bevissikringen, jf. tvisteloven § 28-3 fjerde ledd in fine. Denne tidsfristen skiller seg fra det som gjelder for midlertidig sikring. Fristen er i Ot. prp. nr. 33 (2003-2004) s. 8 – som knytter seg til innføringen av disse reglene i tvistemålsloven § 271 a – begrunnet med hensynet til rekvirenten og det faktum at denne ikke gis tilgang på bevisene før endelig avgjørelse foreligger. Departementet valgte derfor å foreslå en to ukers frist for å begjære muntlig forhandling slik at saksøkeren kan få tilgang på materialet når denne fristen er utløpt.

Retten kan etter endte forhandlinger enten velge å opprettholde bevissikringsavgjørelsen, endre den eller oppheve den, jf. tvisteloven § 32-8 annet ledd. Dette vil resultere i at det bevissikrede materialet enten opprettholdes eller tilbakeleveres helt eller delvis. Avgjørelsen treffes ved kjennelse, jf. tvisteloven § 19-1 annet ledd bokstav d. Den nye kjennelsen kan påankes. Adgangen til å begjære etterfølgende muntlig forhandling gjelder etter tvisteloven § 32-8 første ledd, jf. § 28-3 fjerde ledd femte punktum kun i de tilfeller hvor retten har tatt til følge bevissikring uten etterfølgende muntlig forhandling. Dersom retten ikke har tatt begjæringen om bevissikring til følge, er saksøkeren henvist til å anke avgjørelsen.

Et spørsmål er hvilken rett som skal holde etterfølgende muntlig forhandling dersom det er ankeinstansen som har besluttet bevissikringen. Bestemmelsene i tvisteloven § 32-8 bruker

ordet "retten" når den omtaler både en motparts rett til å kreve etterfølgende muntlig forhandling og rettens bestemmelsesmyndighet i slike saker. For spørsmålet om hvor forhandlingen skal holdes, kan dette kan bety to ting: enten at forhandlingene bør gå i ankeinstansen eller i førsteinstansen. Man kan se det slik at forhandlingene bør gå i den instans som først tillot bevissikringen. Men man kan også mene at det er underlig at underinstansen skal "overprøve" ankeinstansens beslutning gjennom forhandlingene.

Likevel tilsier formålet med muntlig forhandling, nemlig en kontradiktorisk behandling av saken, at dette ikke dreier seg om en ordinær overprøving av den opprinnelige beslutningen, men om "ny" vurdering på et kanskje noe annet grunnlag enn det man hadde ved den første behandlingen. Schei m.fl. s. 1256 drøfter spørsmålet og påpeker at det kan være uheldig om ankeinstansen, som første instans, skal holde forhandlingene. Dette blir begrunnet med hensynet til rettssikkerhet og "systembetraktninger". Likevel reises det innvendinger mot at det ikke er den samme rett som traff den opprinnelige kjennelsen som holder forhandlingene. Dette synes å bli det avgjørende for forfatterens konklusjon om at etterfølgende muntlig forhandling bør holdes i lagmannsretten.

Dersom retten – etter først å ha gitt saksøkeren medhold i kravet om bevissikring – ved etterfølgende forhandling ikke tar begjæringen om bevissikring til følge, oppstår spørsmålet om det er adgang til å gi en anke fra saksøkeren "oppsettende virkning", hvilket innebærer at retten beholder det bevissikrede materialet frem til ankesaken er avgjort. Schei m.fl. s. 1479 uttaler at det er gode grunner for at suspensjon av tvangskraften i et slikt tilfelle bør kunne besluttes i medhold av tvisteloven § 19-13 tredje ledd, idet begjæringen anses som et rettsmiddel i forhold til bestemmelsen. Det fremheves at saksøktets begjæring kan tilføre saken nye opplysninger som setter både grunnlaget for kravet og behovet for sikringen i et helt annet lys.

Dette var problemstillingen i Rt. 2006 s. 146. Kjæremålsutvalget uttalte at det "beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering hvorvidt oppsettende virkning skal gis, herunder mulighetene for at kjæremålet vil føre frem og ulempene eller skadene ved at avgjørelsen

henholdsvis gjennomføres eller utsettes inntil videre...”, jf. avsnitt 20. Når retten først har kommet til at det er en fare for bevisforspillelse, ville en annen løsning føre til at ankeadgangen ble illusorisk. Dersom det bevissikrede materialet hadde blitt tilbakelevert motparten, ville dette lett kunne føre til at det ikke lenger foreligger noen interesse i å anke opphevelsen.

8 Håndteringen av bevissikret materiale

8.1 Innledning

For dokumenter og annet bevismateriale som er innhentet etter tvisteloven § 26-2 oppstår spørsmålet om håndteringen av det. Utgangspunktet må være at bevismaterialet utleveres eller tilbakeleveres straks dette er klart. Det kan ikke være slik at namsmannen eller retten plikter å oppbevare bevismaterialet lenger en strengt nødvendig. Dersom det er besluttet bevissikring uten varsel, kan det imidlertid ikke gis tilgang til beviset før ”avgjørelsen er endelig”, hvis det kan være viktig for motparten å hindre det, jf. tvisteloven § 28-3 fjerde ledd tredje punktum. Ordlyden ”avgjørelsen er endelig” må forstås som et spørsmål om rettskraft. Avgjørelsen er rettskraftig enten når retten etter muntlig forhandling har opprettholdt beslutningen eller fristen for muntlig forhandling er utløpt uten at motparten har krevet forhandlinger.

Dersom materialet er tilstrekkelig spesifisert og klarlagt på forhånd, vil gjennomgangen bli forholdsvis enkel. I RG. 2007 s. 736 var dette uproblematisk. Her var begjæringen spesifisert ved at rekvirenten krevet å få utlevert Tom & Jerry-filmer, fakturaer og kontrakter relatert til dette. Retten forutsatte her at rekvirenten skulle få tilgang til materialet straks, såfremt motparten ikke sannsynliggjorde et at det var viktig å hindre denne tilgangen.

Problemer oppstår i saker med store dokumentmengder eller et omfattende elektronisk materiale og hvor begjæringen ikke er tilstrekkelig spesifisert. Her vil det måtte avsettes tid

og ressurser til gjennomgangen av det sikrede materialet. Hvilket kan resultere i at saksøkeren, selv i bevissikringssaker med kontradiksjon, ikke vil få tilgang til materialet med en gang.

8.2 Hvem foretar bevissikringsundersøkelsen

Dommeren har etter loven anledning til å foreta undersøkelsen av bevismaterialet selv, jf. tvisteloven § 26-7 første ledd. Denne regelen er imidlertid ikke like praktisk der materialet enten ikke er klarlagt eller av et større omfang, ettersom den innebærer at bevisene skal fremlegges for retten. En gjennomgang av et slikt materiale vil være arbeidskrevende og noen ganger også uheldig om dette foretas av retten selv. Forarbeidene påpeker imidlertid at det ikke fritar *”retten for en slik gjennomgang at det dreier seg om et stort materiale”*.⁴²

I noen tilfeller vil imidlertid undersøkelsen kreve faglig kyndighet. Retten kan oppnevne en sakkyndig til å undersøke av det bevissikrede materialet, jf. tvisteloven § 25-2, jf. § 27-2 fjerde ledd, jf. § 26-3. Slik oppnevning av sakkyndig er særlig aktuelt ved undersøkelse av store dokumentmengder og datamateriale. Eksempelvis kan det være nødvendig med en fagkyndig til undersøkelse av teknisk utstyr og en IT-ekspert ved speilkopiering av datalagret materiale. Hertil kommer at det er saksøkeren som må dekke omkostningene til den sakkyndige, jf. tvisteloven § 28-5 første ledd. Den sakkyndige kan og bør dessuten pålegges taushetsplikt.⁴³

I Rt. 2006 s. 626 uttalte retten i et obiter dictum at det etter omstendighetene *”kunne være nødvendig å få oppnevnt en sakkyndig for å få skilt ut det materialet som det kan være grunnlag for å sikre og gi tilgang til”*. I Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 5. september 2012 uttaler retten at *”det er umulig for retten å vurdere det enkelte bevis i forhold til relevans og i forhold til reglene om bevisforbud før det er foretatt en omfattende*

⁴² Jf. NOU 2001:32 s. 981

⁴³ Se Rt. 2006 s. 626

gjennomgang og sortering av materialet”, og konkluderte at det må oppnevnes en sakkyndig til dette.⁴⁴

Retten kan oppnevne sakkyndig på bakgrunn av egen vurdering eller begjæring fra partene, jf. tvisteloven § 25-2. Forutsetningen er at det er nødvendig for å få et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Disse vilkårene vil ofte være oppfylt i bevissikringssakene. Retten må utforme et mandat som gir den sakkyndige de nødvendige instruksjoner til gjennomgangen av materialet. Retten kan pålegge partene å bidra til både utformingen av mandatet og valg av sakkyndig. Den sakkyndige skal utarbeide en rapport som fremlegges for retten, jf. tvisteloven § 25-5. Retten må da ta stilling til hva som skal fremlegges for saksøkte.

Ved bevissikring i et stort dokumentmateriale er det Dersom det er klart at det foreligger bevismateriale det er grunn til å sikre, følger det av rettspraksis at det er større grunn til å pålegge saksøkte å bidra til å klarlegge hva det skal gis innsyn i. I Borgarting lagmannsretts kjennelse av 20. Juli 2012 ble saksøkte pålagt å bidra under gjennomføringen av bevissikringen.⁴⁵ Saken gjaldt sikring av dokumenter og elektronisk materiale, som retten la til grunn at var i saksøktes besittelse. Retten uttalte at ”Dersom saksøkte ikke har opplysningene sammenfattet i en liste, legger retten til grunn at opplysningene gis i det format de finnes, eller i et format som saksøkte finner hensiktsmessig.”⁴⁶ I Rt. 2006 s. 626 uttalte retten at ”Jo mer nærliggende det er, jo større grunn vil det også være til å pålegge saksøkte plikter for å bidra til å klarlegge hva det skal gis innsyn i, for eksempel ved å angi hva som må unntas på grunn av taushetsplikt eller taushetsrett”.

Kjennelsene illustrerer at saksøkte kan pålegges å være med på sorteringen, og at taushetsreglenes formål har gjennomslagskraft også her. Dette innebærer at retten må ta stilling til spørsmålet uten å ha sett materialet, jf. tvisteloven § 26-7 annet ledd. En reservasjon oppstilles imidlertid for de tilfellene der retten i kraft av særlig lovbestemmelse

⁴⁴ Jf. LE-2012-077346

⁴⁵ Jf. LB-2012-88320

⁴⁶ Jf. LB-2012-88320 s. 3

kan bestemme at beviset likevel skal føres. Eksempler på dette er dispensasjonsadgangen i tvisteloven § 22-3 tredje ledd om lovbestemt taushetsbelagt materiale og § 22-10 første ledd om drifts- og forretningshemmeligheter. I slike tilfeller kan retten bestemme at beviset likevel skal innhentes.

Bevismaterialet kan være av et så stort fysisk omfang at det bør bli der det er eller flyttes til et lagerrom. Da er det hensiktsmessig at den sakkyndige reiser ut til det stedet der beviset befinner seg. Dette følger også forutsetningsvis av tvisteloven § 26-3 om at "andre realbevis" undersøkes av den dømmende rett selv eller lar dem undersøke etter reglene i kapittel 27. Bestemmelsen må leses i sammenheng med tvisteloven § 26-2 om at "dokumentbevis" skal føres for den dømmende rett. Sondringen får imidlertid ikke så stor praktisk betydning ettersom retten i praksis ofte får en rapport utarbeidet av den sakkyndige til vurdering.

8.3 Taushetsbelagt materiale

Reglene om bevisforbud ved lovbestemt taushetsplikt vil kunne komme inn både ved vurderingen av om bevissikringen overhodet skal tillates og ved en senere avgjørelse under gjennomføringen. Dersom begjæringen gjelder sikring av et omfattende materiale vil reglene få størst betydning i forbindelse med gjennomgang av det bevissikrede materialet. Det er imidlertid ikke bare bevisforbudsreglene i tvisteloven som får anvendelse på bevissikringsreglene. Tvistelovens regler om bevisforbud og bevisfritak er ikke uttømmende.⁴⁷ Bevisforbudsregler i annen lovgivning vil også kunne sette skranker for hva sikringen kan bestå i.

I Rt. 2010 s. 774 "Max Manus" var spørsmålet om utlevering av IP-adresser, uttalte Høyesterett at tvisteloven § 22-3 annet og tredje ledd også må få anvendelse i bevissikringssakene. Etter annet ledd kan vedkommende departement samtykke i at beviset føres selv om det er underlagt taushetsplikt. Etter tredje ledd kan retten overprøve

⁴⁷ Jf. Ot.prp.nr 51 (2004-2005) s. 457 og Skoghøy s. 253-254

departementets samtykke og velge å nekte begjæringen på bakgrunn av en interesseavveining. Begge bestemmelsene forutsetter at det foretas en avveining der behovet for taushetsplikten veies opp mot hensynet til sakens opplysning. Høyesterett kom til at selv om kundeforholdet til internettleverandøren var en taushetsbelagt opplysning etter lov om elektronisk kommunikasjon § 2-9, var det grunnlag for bevissikring.

8.4 Overskuddsinformasjon

En bevissikring kan resultere i at det tas beslag i langt flere gjenstander og dokumenter enn det som kan tenkes å ha betydning i den eventuelt fremtidige saken. Namsmannen bør derfor så langt det er praktisk mulig søke å gjennomgå det materialet som skal sikres på det stedet der materialet blir funnet. Dersom namsmannen velger å frakte bort materiale for senere undersøkelse, bør materialet så raskt det er mulig undersøkes. Det materialet som ikke kan tenkes å ha noen betydning som bevis (overskuddsinformasjon) må i tilfellet snarest returneres.

Ved speilkopiering av elektronisk materiale vil det lett være fare for innsyn i mye irrelevant og kanskje også taushetsbelagt materiale. Slikt materiale kan saksøkeren ikke gis innsyn i og eventuelle kopier må makuleres. Dette følger at hensikten med bevissikrings-instituttet og er i overenstemmelse med ordningen for bevissikring i konkurransesaker.⁴⁸ I konkurransesakene er det likevel slik at overskuddsinformasjonen ikke skal skilles ut dersom dette medfører at innholdet blir endret, kan misforstås eller dets verdi som bevis svekkes.

Etter straffeprosessloven § 205 tredje ledd, som omhandler politiets adgang til å beslaglegge dokumenter som ikke er omfattet av rettens kjennelse om beslaget, vil vi komme frem til samme løsning. Etter denne bestemmelsen kan ikke dokumenter eller annet som besitteren ikke plikter å forklare seg om uten etter særskilt pålegg fra retten,

⁴⁸ Se Forskrift om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurransesaker av 22.12.2005 nr. 1645

beslaglegges uten rettens kjennelse. I Rt. 1986 s. 1149 var spørsmålet hvordan politiet skulle forholde seg ved ransaking av en siktets pengeskap som ifølge siktede selv inneholdt fortrolig korrespondanse mellom han og hans forsvarer. Kjæremålsutvalget kom til at reglene om ransaking sammenholdt med reglene om beslagsforbud for taushetsbelagt materiale måtte forstås slik at dokumenter som siktede før eller under ransakingen hevder at er underlagt beslagsforbudet ikke kan gjennomgås, men må forelegges retten for avgjørelse.

Ettersom bevissikringsreglene har paralleller til både beslag og konkurranselovens bevissikringsregel, taler gode grunner for å trekke analogier fra disse reglene.

8.5 Beslag og utlevering av originalmateriale

Spørsmålet her er om saksøker skal få utlevert det originale bevissikringsmaterialet, eller om det bare bør utleveres kopier, bilder eller film og lignende. For det første kan en kopi eller et bilde ikke utgjøre et like godt bevis som originalen. Det kan for eksempel være at kopien er dårlig og derfor lite lesbar, markeringer i originalen blir mørke på kopien etc. Det kan også være at bilder av en gjenstand ikke fungerer som en god nok dokumentasjon. Dette er forhold som taler for at det originale materialet utleveres til saksøkeren. En innvending kan imidlertid at motparten selv kan ha behov for originalen. Dette gjør seg særlig gjeldende for gjenstander og visse dokumenter. Et praktisk eksempel kan være et produksjonsmiddel eller en rapport. Det å operere med kopier kan dessuten skape forvirring om hva som opprinnelig ble sikret. Saksøkte derimot kan være helt avhengig av originalmaterialet, eksempelvis i rollen som bilmekaniker på et verksted.

På konkurranselovgivningens område er det foreslått å oppstille en hovedregel om dokumentbeslag i form av kopiering.⁴⁹ Dette er den samme løsning som er valgt i Sverige og Danmark, og dessuten ordningen i EU/EØS-reglene. Utvalget avskjærer imidlertid ikke muligheten til å foreta originalbeslag. Betenkelighetene med originalbeslag er særlig stor

⁴⁹ Jf. NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov kapittel 4

dersom man ødelegger saksøktes mulighet for å utøve sin næringsvirksomhet i tiden frem til en eventuell hovedforhandling. Saksøkte bør i slike tilfeller få beholde originaldokumentet, eller i det minste en kopi.

De beste grunner for å følge den foran skisserte ordningen med at saksøkeren gis tilgang på kopimaterialet dersom det er snakk om dokumentbeslag, og bilder eller annen dokumentasjon for gjenstander. I svensk rett har man valgt å ikke tillate utlevering av originalmaterialet.⁵⁰ Det har man derimot gjort i dansk rett. Det fremheves imidlertid i forarbeidene til den danske loven at det som utgangspunkt ikke bør legges beslag på gjenstander eller dokumenter som det er et behov for i en lovlig virksomhet.⁵¹ Gode grunner taler for at samme løsning bør legges til grunn for den norske bevissikringsreglen. En proporsjonalitetsvurdering begrunner også denne løsningen. Dersom det skulle vært tatt kopier i større utstrekning enn det det blir besluttet innsyn i, må retten makulere dem.

9 Andre særspørsmål

9.1 TRIPS-avtalens betydning

Norge innførte i 2004 regelen om bevissikring uten forutgående varsel til motparten på bakgrunn av Norges forpliktelser etter TRIPS-avtalen⁵². TRIPS-avtalens formål er å stille visse minimumskrav til WTO-landenes beskyttelse av immaterielle rettigheter. Avtalen stiller både materielle krav til innholdet i nasjonallovgivningen og krav til håndhevelse av rettighetene, jf. henholdsvis TRIPS-avtalens del II og del III. Avtalens artikkel 1 nr. 2 angir de immaterielle rettighetene som omfattes av avtalen. Dette er opphavsretten med beslektede rettigheter (rettigheter for utøvere, filmprodusenter og kringkastere), patentretten, varemerke- og designretten, kretsmønsterretten og beskyttelsen av fortrolige opplysninger.

⁵⁰ Jf. Prop. 1998/99:11 s. 78 og eksempelvis opphovsrättslagen § 56 f første ledd

⁵¹ Se Betænkning 1385 (2000) s. 72-73

⁵² Se punkt 2.5

TRIPS-avtalens artikkel 50 nr. 1 gir regler om at domstolene skal kunne treffe ”raske og effektive” midlertidige tiltak for å forhindre immaterialkrenkelser og for å sikre bevis for slike krenkelser. Etter avtalens artikkel nr. 2 oppstiller kan slike tiltak, når det er hensiktsmessig, treffes ”uten at den annen part er hørt”. Denne adgangen forutsetter at det ellers vil være fare for uopprettelig skade eller ødeleggelse av bevismaterialet. Innføringen skyldtes en usikkerhet om hvorvidt Norge oppfylte forpliktelsene etter TRIPS-avtalen.

I Rt. 2001 s. 1262 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at det ikke forelå adgang til å gjennomføre bevissikring uten varsel etter dagjeldende regler. Saken gjaldt begjæring om bevissikring på bakgrunn av mistanke om at saksøkte hadde installert av programvare i strid med åndsverkloven og som dermed krenket saksøkers rettigheter. Kjæremålsutvalget vurderte både en innskrenkende tolkning av forkynningsregelen i tvistemålsloven § 270 og forholdet til TRIPS-avtalen. Utvalget la til grunn at det ikke forelå hjemmel til å gjennomføre ”bevisopptak uten varsel fordi man frykter at den som sitter med beviset kan komme til å ødelegge det hvis begjæringen gjøres kjent”.

Denne rettsavgjørelsen resulterte i at problemstillingen ble satt på den politiske dagsorden. Kjæremålsutvalget hadde i avgjørelsen uttalt at medlemslandene ikke var forpliktet til å innføre regler etter TRIPS-avtalen på tvers av den nasjonale lovgivningen.⁵³ Departementet a imidlertid til grunn at Norge ikke hadde oppfylt alle forpliktelsene etter TRIPS-avtalen, og at det forelå et behov for en slik regel.⁵⁴ En uenighet forelå derfor nødvendigvis ikke. Lovgiver gikk derfor inn for å endre det norske regelverket slik at det samsvarte med TRIPS-avtalen.

Selv om bevissikringsregelen i TRIPS-avtalen kun gjelder for immaterielle krenkelser, ønsket departementet at den i Norge skulle ha et generelt virkeområde. Departementet mente at behovet for bevissikring uten varsel til motparten i realiteten kunne være like stort

⁵³ Det ble vist til St.prp. nr. 65 (1993-1994) s. 87-88.

⁵⁴ Se Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 1

på andre rettsområder enn immaterialretten. Særregler til vern for immaterialkrenkelser ville dessuten fremstå dårlig begrunnet i forhold til andre rettsområder, samt at man ved en generell ordning dessuten vil unngå vanskelige avgrensningsspørsmål⁵⁵. Innføringen etterlater seg imidlertid noen spørsmål.

9.2 Sannsynliggjøring av hovedkravet

Ved midlertidig sikring er ordningen at saksøkeren må sannsynliggjøre det underliggende kravet, jf. tvisteloven § 33-3 og § 34-2. Dette er imidlertid ikke ordningen ved bevissikring utenfor rettssak, se foran i avsnitt 4.1.2. For bevissikring kreves det ikke annet enn sannsynliggjøring av en bevissikringsgrunn, jf. § 28-2. Vi har også uttalelser i forarbeidene og juridisk teori som viser at grunnvilkåret skal forstås som et krav om rettslig interesse, og ikke et krav om sannsynliggjøring av hovedkravet.⁵⁶

Spørsmålet er da hvordan vi skal forholde oss til TRIPS-avtalen. Her gjelder det en uttrykkelig bestemmelse om at saksøkeren må sannsynliggjøre at han er eier av den aktuelle rettigheten for at bevissikringen skal kunne skje. I avtalens artikkel 50 nr. 3 heter det:

”Rettsmyndighetene skal kunne kreve at saksøkeren legger fram alt bevis som med rimelighet er tilgjengelig, slik at de med tilstrekkelig sikkerhet kan fastslå at saksøkeren er rettighetshaver og at vedkommendes rettighet blir eller umiddelbart vil bli krenket, samt pålegge saksøkeren å stille en garanti eller tilsvarende sikkerhet som er tilstrekkelig til å beskytte saksøkte og unngå misbruk.”

Denne regelen ble imidlertid ikke innført da Norge i 2004 søkte å oppfylle forpliktelsene etter avtalen. Lovgiver anså som tidligere nevnt det norske bevissikringsinstituttet, med unntak av regelen om bevissikring uten varsel til motparten i forkant av gjennomføringen,

⁵⁵ Se Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 5

⁵⁶ Jf. NOU 2001:32 s. 988, Schei m.fl. s. 1248, Robberstad s. 160 og fremstilling foran under punkt 4.1.2.

for allerede å oppfylle forpliktelsene etter TRIPS-avtalen. Lovgiver innførte derfor artikkel 50 nr. 4 til 7 som omhandler bevissikring uten varsel, og utelot de øvrige bestemmelsene. Det kan synes her som at departementet uriktig anså et krav om sannsynliggjøring av det underliggende kravet for allerede å være gjeldende rett.

Advokatene Nils Kristian Sveaas og Torstein Arendt har drøftet problemstillingen i artikkelen ”Bevissikring utenfor rettssak – må hovedkravet sannsynliggjøres?” inntatt i Tidsskrift for Forretningsjus nr. 1/2012. Artikkelen gir en grundig fremstilling av grunnvilkåret for bevissikring, og trekker også inn reglene i de øvrige nordiske land. De konstaterer at rettskildebildet er ”noe broket”, og antyder at departementet har ”sovet i timen” når man valgte å ikke innføre TRIPS-avtalen artikkel 50 tredje ledd. Forfatterne mener at det ved immaterialkrenkelser bør kreves en viss sannsynliggjøring av hovedkravet, og antyder at dette kan svare til kravet om ”rimelig grunn” i konkurranseloven § 25 om bevissikring.

Det kan reises spørsmål om hva man skal gjøre med denne ”arbeidsulykken”. En løsning kan være å innfortolke et krav om sannsynliggjøring av hovedkravet i bevissikringssaker som gjelder immaterialkrenkelser. Det kan nevnes at man i Danmark, Sverige og Finland har valgt å innføre forpliktelsene etter TRIPS-avtalen i særlover som fullt ut reflekterer de bestemmelsene som oppstilles i artikkel 50.⁵⁷ Det kan være grunn til å legge vekt på dette fordi det tradisjonelt har vært et tett samarbeid mellom de nordiske landene på immaterialrettens område.

I ”Normarc”-saken kom Oslo tingrett med uttalelser om at det underliggende kravet måtte sannsynliggjøres. Retten uttalte at den *”finner på denne bakgrunn at det er svært mye som taler for at NSM besitter datalagret materiale som tilhører Normarc – noe som i så fall vil kunne innebære brudd på åndsverksloven §§ 2 og 43. Retten finner på samme grunnlag at Normarc har rettslig interesse i bevissikringen.”* Det er ikke sikkert at retten har hatt

⁵⁷ Jf. Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s. 3

problemstillingen her in mente ved formuleringene. Uansett har vil kjennelsen ha liten rettskildemessig verdi.

I RG 2012 s. 158 vurderte Borgarting lagmannsrett denne problemstillingen og la til grunn at *”faren for misbruk av bevissikringsinstituttet tilsier at hovedkravet til en viss grad bør underbygges”*. Det samme synspunktet ble lagt til grunn i tingrettens behandling av saken. Retten pekte på at det vil være for strengt å operere med et krav om sannsynliggjøring, men støttet Sveaas og Arendt i deres forslag om et krav tilsvarende konkurranselovens *”rimelig grunn”*.

Etter min mening er det på det rene at det ikke grunnlag for å innfortolke et krav om sannsynliggjøring av hovedkravet i tvisteloven § 28-2. Det er liten grunn til å tro at lovgiver har ”sovet i timen”. Som fremhevet av Arendt og Sveaas er loven ny og det har formodningen mot seg at utvalget, departementet og Stortinget ikke har vært klar over problemstillingen. Det følger likevel en stor misbruksfare med den gjeldende bevissikringsordningen. Kanskje løsningen bør bli å kreve en viss sannsynliggjøring av hovedkravet - tilsvarende kravet om ”rimelig grunn” i konkurranseloven § 25.

9.3 ”Sivil ransaking”

I Rt. 2000 s. 1261 la kjæremålsutvalget til grunn at dersom man åpner for bevissikring uten forutgående varsel vil man etablere ”en form for hemmelig rettergang”. I dag er bevissikring uten forutgående varsel utvilsomt gjeldende rett. Mange kaller det for såkalt ”sivil ransakelse”. I de senere årene har det vært en debatt om hvordan man skal håndtere immaterialkrenkelser på internett. Internettleverandørene er pålagt taushetsplikt. Det har derfor vært reist spørsmål om hvordan rettighetshavere skal kunne håndheve sine rettigheter. Nyere rettspraksis har bidratt til en avklaring.

I Rt. 2010 s. 774 gjaldt saken bevissikring uten varsel på bakgrunn av mistanke om ulovlig fildeling på nettet (filmene Max Manus og Kautokeinoopprøret). Saksøkerne krevde utlevert identiteten til to abonnenter fra internettleverandøren. Spørsmålet for Høyesterett

var om vilkårene for bevissikring uten varsel var til stede, jf. tvisteloven §§ 28-2 og 28-3 og taushetsreglene i § 22-3. Post- og Teletilsynet hadde, på betingelse av at Høyesterett fant vilkårene for bevissikring var til stede, samtykket til fritak for internettleverandørens taushetsplikt for kundeforholdet etter ekomloven § 2-9.

Høyesterett kom til at vilkårene for bevissikring uten varsel var oppfylt. Retten til grunn at bestemmelsen i § 22-3 annet og tredje ledd om tilsidesettelse av taushetsbelagte opplysninger også må gjelde for taushetspliktsbestemmelsen i ekomloven § 2-9.⁵⁸ Høyesterett la videre til grunn at bevissikringen gikk klar av EMK artikkel 8 nr. 2, som gjelder forholdet mellom retten til privatliv og offentlig innblanding (ved ulovligheter).

Internettleverandøren gjorde også gjeldende at bevissikringsreglene måtte tolkes innskrenkende når tilgang ønskes som ledd i ”privat etterforskning”. Høyesterett var uenig i dette, og viste til at regelverket oppstiller virkemidler som er ment å veie opp for manglende kontradiksjon. Retten uttalte videre: *”Krenkelse av rettigheter etter åndsverksloven gir rettighetshaveren rett til å kreve erstatning. Når lovgivningen hjemler slik erstatningsrett, kan jeg ikke se at rettighetshaveren ikke skal kunne benytte seg av bevissikring for å bringe på det rene identiteten til personer som det kan være aktuelt å fremme et erstatningskrav mot”*.

Det kan riktignok reises innvendinger mot at virkemidlene veier opp for manglende kontradiksjon, fordi dette ikke uten videre hindrer feilaktige avgjørelser. Kjennelsen illustrerer imidlertid et viktigere poeng. Høyesterett tillater bevissikring på bekostning av personvernet. Spørsmålet om håndheving av opphavsrettighetskrenkelser på internett er dermed avklart, og viser at Høyesterett går langt i å sikre bevis for å oppnå en materielt riktig avgjørelse.

⁵⁸ Jf. Rt. 2010 s. 774 avsnitt 42

9.4 I retning av discovery/disclosure?

Som påpekt av Farbrot kan det spørres om norsk rett beveger seg i retning av det angloamerikanske prosesssystemet med såkalt ”discovery/disclosure”. Dette er en prosessordning som går langt i å avklare og gi tilgang til bevis under saksforberedelsen, ved å legge omfattende plikter på partene for å tvinge frem bevis. I forarbeidene til tvisteloven er det understreket at en slik ordning ”ikke kommer på tale” i norsk sivilprosess.⁵⁹ Utvalget vektlegger at en slik prosess er svært kostnads- og tidkrevende. Det uttales videre at et slikt system vil bryte fundamentalt med de grunnleggende hensyn om en effektiv og kostnadseffektiv sivilprosess. Utvalget erkjenner likevel verdien av å ha visse elementer fra det angloamerikanske systemet. Fristreglene i § 16-7 er et bidrag i denne retning. Disse reglene går ut på at dersom en part unnlater å foreta en prosesshandling, vil det inntre en sanksjon. I noen tilfeller kan det resultere i uteblivelsesdom.

I bevissikringsinstituttet gjelder det som sagt et lempelig krav til spesifikasjon og en plikt for saksøkte til å bidra med sortering av materialet. Et lempelig krav til spesifikasjon kan resultere i altomfattende generalbeslag. Og dersom saksøkte pålegges å bidra ved gjennomgangen av materialet kan han komme til å fremlegge opplysninger som avdekker ulovligheter. Selv om saksøker ikke må sannsynliggjøre at han har noe hovedkrav, vil en begjæring om bevissikring ofte grunnes på en mistanke om at saksøkte har gjort noe ulovlig. Det følger et vern mot selvinkriminering av EMK artikkel 6. Selvinkrimineringsvernet går ut på at ingen skal tvinges til å bidra med opplysninger som kan bidra til egen domfellelse. Lovutvalget understreker imidlertid viktigheten av å hindre at bevis holdes skjult og at åpenhet er nødvendig for å forberede egen bevisføring. Forarbeidene vektlegger verdien av dette tyngst, og men påpeker at kravet til spesifikasjon i forbindelse med rettslig avhør og hva man ønsker at vitnet skal forklare seg om bør skjerpes. Betenkelighetene er likevel til stede.

⁵⁹ Jf. NOU 2001:32 s. 465

10 Erstatning

Etter tvisteloven § 28-3 femte ledd første punktum har den som begjærer bevissikring et objektivt ansvar for de sakskostnadene knyttet til bevissikringen dersom det senere viser seg at han ikke har det krav eller slik rettighet som først påberopt. Bestemmelsen har parallell til tvisteloven § 32-11 første ledd første og annet punktum om det tilsvarende ansvaret ved midlertidig sikring. Den bærende tanken ved disse reglene er at den som i utide påfører en motpart midlertidig sikring eller bevissikring uten å ha det kravet han pretenderer, må være objektivt erstatningsansvarlig for de utgifter som han med dette pådrar motparten. Lovgiveren har tenkt seg at dette skal gjøre at bevissikringsinstituttet ikke misbrukes. Femte ledd annet punktum knytter seg til vilkårene for selve bevissikringen og oppstiller et skyldansvar som supplerer det objektive ansvaret i første punktum. Reusch påpeker i sin kommentar på Gyldendal rettsdata at skyldansvaret i annet punktum antakelig er begrenset til situasjoner hvor den som begjærer bevissikringen gir uriktige eller villedende opplysninger om behovet for å foreta bevissikringen, altså selv om han rent faktisk er innehaver av den rettighet som påstås krenket.⁶⁰

11 Sikkerhetsstillelse

Det følger av tvisteloven § 28-3 sjette ledd at retten kan beslutte at det stilles sikkerhet for saksomkostninger i de tilfeller hvor det er besluttet bevissikring uten varsel etter § 28-3 fjerde ledd. Slike saksomkostninger kan være saksøktes kostnader ved bevissikringen og et mulig erstatningsansvar etter § 28-3 femte ledd.

12 Saksomkostninger

En sak om bevissikring er gebyrfri. Det oppstår imidlertid en del andre kostnader forbundet med en slik sak, og for disse er hovedregelen at den som begjærer bevissikring skal dekke de omkostningene sikringen har påført saksøkte, jf. tvisteloven § 28-5 første ledd. Det innbefatter blant annet rettens utgifter til oppnevning av sakkyndig etter § 27-2 fjerde ledd

⁶⁰ Jf. Reusch m.fl. kommentar til § 28-3 femte ledd note 1398.

og utgifter til representant etter § 28-3 tredje ledd. Retten må imidlertid ha en anledning til å nedsette omkostningskravet skjønnsmessig dersom bevissikringssaken er nødvendiggjort av at motparten ”uten rimelig grunn” har motarbeidet bevissikringen. Retten må foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Utgangspunktet er at partene må kunne gi hverandre tilgang til bevis uten hjelp fra domstolene. Tankegangen er at den som ikke klarer dette må bære de økonomiske kostnadene ved at den andre må benytte seg av bevissikringsreglene.⁶¹

⁶¹ Jf. NOU 2001:32 s. 990

13 Kilder

Lovgivning:

- 1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 6
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven) av 26. juni 1992 nr. 86
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
- 2003 Lov om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) av 4. juli 2003 nr. 83
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 14
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

Lovforarbeider:

Civilprosesslovskommisjonens utkast til tvistemålslov (1908)

- St.prp. nr. 65 (1993-1994) Om resultatet av Uruguay-runden (1986-1993) og om Samtykke til ratifikasjon av Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (WTO) m.m.
- Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- Ot.prp.nr. 33 (2003-2004) Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)
- NOU 2001:32 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Dommer:

Høyesterettspraksis:

Rt. 1961 s. 757

Rt. 1971 s. 211

Rt. 1981 s. 1199
Rt. 1992 s. 898
Rt. 1995 s. 1831
Rt. 1996 s. 306
Rt. 1996 s. 1558
Rt. 1997 s. 703
Rt. 2000 s. 1261
Rt. 2006 s. 626 ”Normarc”
Rt. 2008 s. 574
Rt. 2010 s. 774 ”Max Manus”
HR-2010-1419-U

Underretspraksis:

RG 1950 s. 557 ”Heidal Ysteri”
RG. 2007 s. 736 ”Tom & Jerry”
LB-2009-049516
RG. 2012 s. 158
LE-2012-077346
LB-2012-88320

Forskrifter:

Forskrift om opplysningsplikt, bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon i konkurranse saker av 22. desember 2005 nr. 1645

Litteratur:

Bøker:

Andenæs = Andenæs, Johs.: Statsforfatningen i Norge (3. utg. 1962)

Andenæs og Fliflet = Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne: Statsforfatningen i Norge
(10. utg. 2010)

Bjerke m.fl.	=	Bjerke, Hans Kristian, Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik: Straffeprosessloven (4 utg. 2011)
Falkanger m.fl.	=	Falkanger, Thor, Flock, Hans og Waaler, Thorleif: Tvangsfullbyrdelsesloven (4. utg. 2008)
Robberstad	=	Robberstad, Anne: Sivilprosess (2009)
Schei m.fl.	=	Schei, Tore mfl.: Tvistemålsloven (2007)
Skoghøy	=	Skoghøy, Jens Edvin A.: Tvisteløsning (2010)

Artikler:

Stub, Marius "Om forbudet mot husinkvisisjoner i Grunnloven § 102": Tidsskrift for rettsvitenskap. Nr. 3. 2009. Side 388 - 443.

Sveaas, Nils Kristian og Torstein Arendt "Bevissikring utenfor rettssak – må hovedkravet sannsynliggjøres?": Tidsskrift for forretningsjus. Årgang 16. Nr. 1 2010. Side 18 - 33.

Nettdokument:

Farbrot, Sven "Bevisopptak utenfor rettssak – Bevissikring uten varsel til motparten ved bevisforspillelsesfare i sivilretten". Oslo 10.01.2008. <http://urn.nb.no/URN:NBN:no-18174>.

Reusch, Christian H.P. m.fl. Kommentar til tvisteloven på Gyldendal rettsdata. Oslo 02.09.2010 og 13.09.2010.

https://vpn2.uio.no/+CSCO+00756767633A2F2F6E6F622E6572676766716E676E2E6162++/browse.aspx?s_terms=tvisteloven&terms_and=1102&hilite=1102*;&grid=51575&

